

w.h. van boom, i. giesen
& a.j. verheij

civilologie | civilology

series editors

willem van boom

and ivo giesen



capita civilologie

handboek empirie
en privaatrecht

BJu

Boom Juridische uitgevers

Capita Civilologie

CAPITA CIVILOGIE

HANDBOEK EMPIRIE EN PRIVAATRECHT

W.H. VAN BOOM, I. GIESEN EN A.J. VERHEIJ (RED.)

Tweede druk

BOOM JURIDISCHE UITGEVERS
DEN HAAG
2013

Omslagontwerp: Haagsblauw, Den Haag

Foto omslag: *Painting of Dazzle-ships at Liverpool*, by Edward Wadsworth (1919)

Opmaak binnenwerk: Ambrac, Deventer

© 2013 De auteurs | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-812-6

ISBN 978-94-6094-843-5 (e-book)

NUR 822

www.bju.nl

VOORWOORD

VOORWOORD BIJ DE TWEEDE DRUK

In de vorige uitgave van dit boek – dat in 2008 verscheen onder de titel ‘Gedrag en privaatrecht’ – werden bijdragen gebundeld die verschillende gedragspresumpties en gedragseffecten in het privaatrecht behandelden. Onderzocht werd in hoeverre vermogensrechtelijke regels aansluiten bij hoe mensen werkelijk zijn, denken, beslissen en zich gedragen.

Deze nieuwe druk staat opnieuw stil bij gedrag en privaatrecht. Ditmaal zijn er meer bijdragen en worden dus meer rechtsgebieden bestreken. Maar bovendien is de opzet ruimer. Onderzocht wordt wat we eigenlijk weten van privaatrecht in de echte wereld, hoe wetgever en rechter bouwen op aannames over hoe gedragsnormen in werkelijkheid uitwerken en welke effecten dat privaatrecht heeft. De bijdragen laten zien dat er nog veel onbekend is over de empirie van het privaatrecht en dat er dus behoefte is aan *civilologie* – de empirische bestudering van het privaatrecht – zodat wet en rechtspraak zich kunnen ontwikkelen op een fundament van bewezen werkelijkheid.

Wat de auteurs ook dit keer gemeen hadden, was een groot enthousiasme voor het project. Wij zijn hen dankbaar voor hun bijdragen en het bediscussiëren van het project tijdens de bespreking te Rotterdam op 23 november 2012. Natuurlijk zijn we wederom dank verschuldigd aan uitgever Wirt Soetenhorst, die ook nu weer bereid was het boek te verzorgen en uit te geven. De eerste druk van dit boek werd gunstig ontvangen. Toch zijn er ook nog civilisten die niet het nut van civilologie inzien. We hopen dat deze tweede druk hen kan overtuigen.

Rotterdam/Utrecht/Groningen, 1 juni 2013

Willem van Boom, Ivo Giesen en Albert Verheij

VOORWOORD BIJ DE EERSTE DRUK (‘GEDRAG EN PRIVAATRECHT. OVER GEDRAGSPRESUMPTIES EN GEDRAGSEFFECTEN BIJ PRIVAATRECHTELIJKE LEERSTUKKEN’)

Het idee voor dit boek ontstond in 2006. Het viel ons op dat het Nederlandstalige standaardwerk over rechtspsychologie, Het recht van binnen, zo de nadruk legde op de verrijking die psychologie voor het strafrecht met zich bracht. Het privaatrecht kwam er bekaaid van af. Omdat wij alle drie geïnteresseerd waren (en zijn) in het toepassen in het recht van kennis uit andere sociale wetenschappen zoals de psychologie, vatten we daarom het plan

op om een privaatrechtelijke variant op het boek *Het recht van binnen* te maken. Onze opzet was overigens van meet af aan breder, omdat we de plaats van ‘gedrag’ in het privaatrecht niet alleen vanuit de psychologie maar ook vanuit disciplines als sociologie en rechtseconomie onderzocht wilden hebben. Het boek dat voor u ligt is het resultaat van die ‘brede’ benadering.

Het boek, dat niet alleen geschikt is voor masteronderwijs maar ook als inleiding voor PhD-studenten en andere promovendi, brengt auteurs en onderwerpen samen met uiteenlopende achtergronden. De gemene deler is steeds dat de blik op het privaatrecht gericht wordt vanuit een andere discipline.

Wij zijn de auteurs zeer erkentelijk voor hun bijdragen en het bediscussiëren van het project tijdens de bespreking te Utrecht op 28 september 2007. Brigitte Bethlehem bedanken wij voor de verleende onderzoeksassistentie en Boom Juridische uitgevers, in het bijzonder Wirt Soetenhorst, danken wij voor de onmiddellijke, vrijwel spontane bereidheid deze uitgave ter hand te nemen en voor het aanbod de bundel in eigen huis op te maken.

Rotterdam/Utrecht/Amsterdam, 1 februari 2008

Willem van Boom, Ivo Giesen en Albert Verheij

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding: een handboek voor de civiloloog-privatist	1
	<i>W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij</i>	
	Samenvatting	1
1	Inleiding	1
2	Doelstelling en relevantie van dit boek en de civilologie	2
3	Gedragspresumpties en gedragseffecten	4
3.1	Definities en verhoudingen	4
3.2	Van gedrag en kennis	5
4	De bijdragen aan dit boek	7
5	Methodologische verantwoording	14
5.1	Algemeen	14
5.2	Een kleine staalkaart	16
6	Afsluitende opmerking	20
	Literatuur	20
Deel A Algemeen		
2	Het beeld van de consument in het privaatrecht empirisch getoetst	27
	<i>W.F. van Raaij</i>	
	Samenvatting	27
1	Inleiding	27
2	Consument en privaatrecht	29
3	De rationele consument	31
4	De zwakke consument	32
5	De overladen consument	35
6	Conclusies	37
	Literatuur	39
3	Menselijk gedrag en rechtsregels	41
	<i>M.T. Croes</i>	
	Samenvatting	41
1	Inleiding	41

2	Geschilbeslechting in de Oudheid en de Middeleeuwen	43
2.1	Zelfhulp in het oude Athene	43
2.2	De vroege Middeleeuwen en de godsvredebeweging	45
2.3	Bloedwraak in Holland en Zeeland in de late Middeleeuwen	46
2.4	Maatschappelijke vrede en Gods wil	47
3	Auguste Comte en het probleem van de maatschappelijke orde in het postchristelijke Europa	48
4	Overheidsrecht en gedragsbeïnvloeding in de moderne tijd	51
4.1	Beïnvloeding van doelbewust gedrag	51
4.2	Resultaten met beleid?	54
4.3	Doelrationaliteit en haar beperkingen	54
4.4	Kritiek op de critici: cognitieve psychologie versus behavioral economics	61
4.5	Vuistregels volgens Gigerenzer	65
5	Wil tot weten	67
	Literatuur	68
4	De betekenis van neurowetenschap voor het privaatrecht	79
	<i>C.H. de Kogel, W. Schrama en M. Smit</i>	
	Samenvatting	79
1	Inleiding	79
2	De relevantie van neurowetenschap voor het privaatrecht	81
2.1	Neurowetenschap en aansprakelijkheid bij letselschade	81
2.2	Neurowetenschap en personen- en familierecht	83
2.3	Neurowetenschap en jeugdrecht, meerderjarigenbescherming en contractenrecht	85
3	De praktijk van civiele rechtszaken in Nederland	90
3.1	Typen civiele zaken waarin neurowetenschappelijke informatie aan de orde komt	90
3.2	Bescherming van meerderjarigen	92
3.3	Het aangaan van overeenkomsten onder invloed van een geestelijke stoornis	93
3.4	Wilsbekwaamheid in de context van testamenten	95
3.5	Wilsbekwaamheid in de context van het aangaan van een formele relatie	97
4	Slotopmerkingen	99
	Literatuur	102

5	De verklaring van geschilgedrag – Gedragseconomische bijdragen en hun beperkingen	109
	<i>C. Klein Haarhuis en B. Niemeijer</i>	
	Samenvatting	109
1	Naar een betere verklaring voor geschilgedrag	109
2	Theorie en empirie van geschilgedrag	110
2.1	Empirisch onderzoek naar juridische problemen in Nederland	111
2.2	Paths to justice	112
2.3	Verklaringen	113
3	Drie ‘vroeg’ rechtswetenschappelijke disciplines relevant voor de verklaring van geschilgedrag	115
3.1	Rechtseconomie	115
3.2	Rechtspsychologie	117
3.3	Rechtssociologie	118
4	Gedragseconomische bijdragen	119
4.1	Gedragseconomie en recht: behavioral law & economics	121
4.2	Beperkte rationaliteit	122
4.3	Beperkte wilskracht en beperkt bewustzijn	125
4.4	Beperkt eigenbelang	127
4.5	Een aangepast mensbeeld?	128
5	Met context meer houvast	129
5.1	Condities	130
6	Concluderend	133
	Literatuur	135
6	De gemiddelde consument als standaard bij misleiding – Een kritische blik vanuit de gedragswetenschappen	147
	<i>B.B. Duivenvoorde</i>	
	Samenvatting	147
1	Inleiding	147
2	De gemiddelde consument: gedragspresumpties	148
3	Presumptie I: de gemiddelde consument als rationele beslisser	150
4	Presumptie II: De gemiddelde consument als model voor standaard consumentengedrag	153
4.1	Voorafgaande kennis en de invloed op het beslissingsproces	153
4.2	Consumer involvement	155
4.3	Persoonlijkheidskenmerken	155

5	Effecten van de presumpties op de verwezenlijking van de doelstellingen van de wetgeving	157
6	Aanzet tot een meer realistische beoordeling van misleiding	159
7	Slotopmerkingen	165
	Literatuur	165

Deel B Personen- en familierecht

7	Van politiek gestuurde wetgeving naar <i>evidence-based</i> wetgeving – Perspectieven vanuit het familierecht	171
	<i>M.V. Antokolskaia</i>	
	Samenvatting	171
1	Inleiding	171
2	De evidence-based-benadering in het publieke domein	174
3	Wetgevers maken een sprong in het duister: geen aandacht voor empirische kennis	176
3.1	Zweden: een logische vervolgstap?	177
3.2	België: geen onderzoek vanuit het perspectief van kinderen	177
3.3	Australië: ‘less reliance on empirical evidence, greater reliance on an assertion of rights’	178
3.4	Nederland: wetenschappelijke gegevens kwamen niet eens ter sprake	179
3.5	Tussenconclusie	180
4	Mogelijkheden voor een meer evidence-based benadering van de wettelijke regeling van het co-ouderschap	181
4.1	Leende de invoering van het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel zich voor een evidence-based benadering?	181
4.2	Contact van het kind met de niet-verzorgende ouder en het welzijn van het kind	182
4.3	Co-ouderschap en het welzijn van het kind	183
4.4	Ex post evaluaties van het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel	184
4.5	Tussenconclusie	187
5	Een aantal perikelen van evidence-based wetgeving	188
5.1	Welk bewijs telt, welk bewijs is betrouwbaar en waar is dat te vinden?	188
6	De rol van evidence in het wetgevingsproces	195

7	Conclusie: welke stappen moeten worden ondernomen om evidence-based wetgeving op het gebied van familierecht te faciliteren?	197
	Literatuur	198
8	Gedragpresumpties in het relatierecht	207
	<i>W.M. Schrama</i>	
	Samenvatting	207
1	Inleiding	207
2	Gedragpresumpties	209
3	Invloed van gedragpresumpties in het relatierecht: partijautonomie en bescherming	210
4	Partneralimentatie en relatievermogensrecht: concrete voorbeelden	212
4.1	Partneralimentatie	212
4.2	Wettelijke gemeenschap van goederen en koude uitsluiting	216
4.3	Relatierecht voor ongehuwde samenlevers	219
5	Gedragpresumpties getoetst aan de werkelijkheid	222
6	Conclusie	227
	Literatuur	228
Deel C Overeenkomstenrecht		
9	Informed consent – De spanning tussen de juridische theorie en de medische praktijk	237
	<i>R.W.M. Giard</i>	
	Samenvatting	237
1	Inleiding	237
2	Russische roulette of hoe om te gaan met risico's	238
2.1	Een sociologisch concept	238
2.2	Een epistemologisch concept	239
3	Bedolven onder bytes: de informatiemaatschappij	240
3.1	Keuzestress	240
3.2	Het fundamentele recht op informatie	241
3.3	Informed consent: een begripsomschrijving	241
3.4	Wet cliëntenrechten zorg	243
3.5	De begrenzing van informed consent	244
4	Gedragpresumpties: het ideale gedrag bij IC	246

5	De juridische fundering: obligatoire overeenkomsten	246
6	De psychologische fundering	248
6.1	Informatiebehoefte	248
6.2	Cognitieve aspecten	249
6.3	Communicatievaardigheden hulpverlener	249
6.4	Het perspectief van de patiënt	250
7	De filosofische fundering	251
8	De rechtspraktijk	252
8.1	Effectuerend privaatrecht	252
8.2	Normstelling als het leed geleden is	253
8.3	Een vergeten gebied: de expliciete vaststelling van de wils(on)bekwaamheid	254
8.4	Jurisprudentie	255
9	Reflectie over de praktische effecten	255
9.1	Kwalitatieve reflectie	255
9.2	Kwantitatieve reflectie	257
10	Conclusies	258
10.1	Doelstellingen, grondslagen	259
10.2	Middelen	260
10.3	Doelrealisatie	260
	Literatuur	261
10	Herroepen of niet herroepen, <i>that's the question</i> – Een beoordeling van het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten consumentenovereenkomsten op grond van psychologische inzichten	269
	<i>J.A. Luzak</i>	
	Samenvatting	269
1	Inleiding	269
2	Gedragaanname die ten grondslag liggen aan het herroepingsrecht	272
2.1	Het doeltreffendheidsbeginsel	273
2.2	De bedenktijd	279
2.3	Het corrigeren van information bias	281
2.4	Betrouwbaarheid en vertrouwen	283
3	Mogelijke ongewenste gevolgen van het dwingend herroepingsrecht	286
3.1	Loss aversion	287
3.2	Endowment effect	288

3.3	Omission, commission en de status quo bias	289
3.4	Cognitieve dissonanties	291
3.5	Uitstelgedrag	292
3.6	Choice paradox	294
3.7	Kosteninefficiëntie	296
4	Herroepen of niet herroepen?	297
4.1	Diversiteit van consumenten vs. één paternalistisch beleid	297
4.2	Het overlaten aan de markt	299
4.3	Wettelijk herroepingsrecht – consumentenvoorkeur	299
4.4	Opt-out of opt-in	300
4.5	Het recht tot behoud van een overeenkomst	301
4.6	Conclusie	302
	Literatuur	302
11	Van fictie naar feiten – Een <i>evidence-based</i> aanpak van inkoop-	
	macht	311
	<i>M.W. de Hoon</i>	
	Samenvatting	311
1	Inleiding	311
2	Wat is inkoopmacht?	313
3	De betekenis van het mededingingsrecht	313
4	Getroffen maatregelen	315
5	De presumpties	317
5.1	Presumptie 1: supermarkten en/of inkopers maken misbruik van inkoopmacht	317
5.2	Presumptie 2: leveranciers zijn onvoldoende in staat tegenwicht te bieden aan deze gang van zaken	319
5.3	Presumptie 3: inkoopmacht leidt tot a) uitval van leveranciers en b) minder innovatie en een afname van de kwaliteit en variatie van producten	321
5.4	Presumptie 4: de problemen zijn te voorkomen (dan wel te vermindere- ren) door een gedragscode	324
5.5	Tussenconclusie	325
6	De keuze voor een gedragscode	326
7	Hoe verder?	329
	Literatuur	330

12	Naming en shaming in het contractenrecht? – Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen	335
	<i>J.G. van Erp</i>	
	Samenvatting	335
1	Inleiding	335
1.1	Het preventieve effect van de schadevergoeding	335
1.2	De rationele onderneming: de Ford Pinto-affaire	338
1.3	Generale preventie in het strafrecht	340
1.4	Opzet van deze bijdrage	341
2	Reputatie-effecten van contractbreuk	342
2.1	De ‘Relational theory of contracts’	342
2.2	Conceptualisering van reputatie-effecten	344
2.3	Reputatie als reguleringsmechanisme: twee casestudies	345
2.4	Conditioes voor preventie door de dreiging van reputatieschade	347
2.5	‘Relational contracts’ in de software industrie	348
3	Het reputatie-effect in het Nederlandse handelsverkeer tussen ondernemingen	350
4	Informatieverspreiding over schadevergoedingen	353
5	Conclusie	356
	Literatuur	358
13	De beschuldigingsvalkuil in contractuele samenwerkingsvormen – Valt er aan te ontkomen?	365
	<i>M.W. de Hoon</i>	
	Samenvatting	365
1	Inleiding	365
2	Schuld in het contractenrecht	367
3	Schuld in de sociale psychologie	369
3.1	Attributie, cognitieve dissonantie en ‘blame’	369
3.2	Het proces van beschuldigen: intuïtie	370
3.3	Het proces van beschuldigen: post hoc reasoning	371
3.4	Motieven voor een biased information search	372
3.5	Andere denkfouten	373
4	De beschuldigingsvalkuil	374
5	Naar een betere afstemming tussen regels en gedrag	375
5.1	Mogelijkheden, nuanceringen en beperkingen	375

5.2	Het contract als een instrument om de samenwerking te versterken	376
5.3	Een goede exitroute	377
5.4	Geen onnodig polariserende juridische instrumenten	377
5.5	Andere verdelingsmaatstaven	379
5.6	Meer aandacht voor sociale factoren die het conflict doen ontstaan	380
6	Slot	381
	Literatuur	381
14	In hoeverre is EU beleidsvorming in privaatrecht <i>evidence-based</i>? – Een casestudy van het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht	387
<i>G. Low</i>		
	Samenvatting	387
1	Inleiding	387
2	Algemene Kwesties	390
2.1	Wat is bewijs?	390
2.2	Hoe wordt bewijs gebruikt?	391
3	Het voorstel voor een GEKR en de bewijsbasis	395
4.1	Welk bewijs is relevant voor het voorstel voor een GEKR?	399
4.2	Het gebruik van wetenschappelijk onderzoek in het voorstel voor een GEKR	404
4.3	De Regulatory Impact Assessment behorend bij het voorstel voor een GEKR	411
5	Conclusie: de grenzen van evidence-based policy-making	421
	Literatuur	424
Deel D Aansprakelijkheidsrecht		
15	Schurende dilemma's in het aansprakelijkheidsrecht – De spanning tussen financiële en relationele compensatie	437
<i>S.D. Lindenbergh en P. Mascini</i>		
	Samenvatting	437
1	Inleiding	437
2	Financiële compensatie en rationele calculatie	441
3	Relationele compensatie en verzoenen	446
4	Procederen is risky business	450

5	Toenemende spanning tussen calculeren en verzoenen?	451
6	Conclusie	453
	Literatuur	454
16	Aansprakelijkheid en defensief gedrag: nuancering gewenst	459
	<i>G. van Dijk</i>	
	Samenvatting	459
1	Inleiding	459
2	Het gebruik van ‘defensief gedrag’-argument in beleid, rechtspraak en literatuur	462
2.1	In beleid	462
2.2	In rechtspraak	463
2.3	In literatuur	464
3	De concepten ‘defensief gedrag’ en ‘aansprakelijkheid’ in empirisch onderzoek naar defensive medicine	468
3.1	‘Defensief gedrag’ in ‘defensive medicine’-studies	468
3.2	‘Aansprakelijkheid’ in ‘defensive medicine’-studies	473
4	Conclusie	475
	Literatuur	477
17	Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking – Over causaliteitstoerekening vanuit psychologisch perspectief en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de preventieve werking van) het aansprakelijkheidsrecht	485
	<i>I. Giesen</i>	
	Samenvatting	485
1	Introductie	485
1.1	Inleiding: vragen uit het recht en antwoorden uit de psychologie?	485
1.2	Verdere opzet en plan van aanpak	487
2	Het juridische kader geschetst	488
2.1	Causaliteit: regels inzake CSQN en TNR	488
2.2	Gedragspresumpties en gedragseffecten?	491
3	Psychologische inzichten	492
3.1	Diverse attributietheorieën	492
3.2	De fundamentele attributiefout	494
3.3	‘Defensive attribution’	495
3.4	‘Actor-observer differences’	496

3.5	‘Self-serving bias’	497
3.6	Tussenconclusie	498
4	Terug naar de juridische afweging	499
4.1	Beslissen over causaliteit	499
4.2	Aanwijzingen voor verbeterde regels of regeltoepassing?	500
4.3	Tussenconclusie	505
5	Het effect van attributie op het beoogde gedragseffect?	506
6	Afronding	508
	Literatuur	509
18	Shockschade	517
	<i>E.F.D. Engelhard en I.M. Engelhard</i>	
	Samenvatting	517
1	Inleiding	517
1.1	De juridische criteria voor ‘shockschade’	517
1.2	Een viertal juridische presumpties	520
1.3	Plan van aanpak	521
2	Wat is PTSS?	522
2.1	Klinische beeld van PTSS	522
2.2	Juridische relevantie van de diagnose PTSS	524
2.3	Het vaststellen van de diagnose PTSS	525
3	Analyse van de vier presumpties	526
3.1	Oorzaken en incidentie van PTSS	526
3.2	Inzichten uit de klinische psychologie omtrent de risicofactoren van PTSS	528
3.3	Het onderscheid tussen schok- en affectieschade	530
4	Analyse en eerste conclusies	531
5	Overkoepelende conclusie	533
	Literatuur	535
19	De onrechtmatige daad van zuiver nalaten en het gedrag van omstanders – Juridisch en psychologisch nader bekeken	541
	<i>S.B. Pape</i>	
	Samenvatting	541
1	Inleiding	541
2	Zuiver nalaten en civiele aansprakelijkheid	542
2.1	Onrechtmatig handelen en nalaten	542

3	Prosociaal gedrag	548
3.1	De sociale psychologie als informatiebron	548
4	Terugkoppeling: het bystander-effect en onrechtmatig zuiver nalaten	553
4.1	Onrechtmatigheid en de beslisboom	553
4.2	Onrechtmatigheid en het bystander-effect	554
5	Uitleiding	559
	Literatuur	560
20	Aansprakelijkheid van minderjarigen gewogen – Zijn neurologische en criminologische data relevant voor bepaling van de leeftijdsgrenzen van artikel 6:164 BW en artikel 6:169 BW?	565
	<i>J.T. Hiemstra en A.J. Verheij</i>	
	Samenvatting	565
1	Inleiding	565
2	Aansprakelijkheid van kinderen voor onrechtmatige gedragingen	566
2.1	Huidig systeem en wetsvoorstel	566
2.2	Oud Burgerlijk Wetboek	567
2.3	Parlementaire Geschiedenis	568
3	Empirische data	573
3.1	Algemeen	573
3.2	Neurologische inzichten	573
3.3	De invloed van peer pressure	575
4	Conclusie	577
	Literatuur	580
21	Preventie van arbeidsuitval – Ontwikkelingen in arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid	585
	<i>Y. Bacharias, S.D. Lindenberg en P. Mascini</i>	
	Samenvatting	585
1	Inleiding	585
2	De casestudy	588
2.1	Analyse van het veiligheidsbeleid: intensivering en responsabilisering individuele medewerkers	589
2.2	Perceptie werknemers: onevenwichtig en persoonsgebonden veiligheidsbeleid	590

2.3	Reacties werknemers: fatalisme en de perceptie van een afreken- tuur	591
3	Ontwikkelingen in werkgeversaansprakelijkheid	593
3.1	Kenmerken in de ontwikkeling van de rechtspraak	594
4	Discussie en verdere onderzoeksvragen	598
4.1	Discussie	598
4.2	Toekomstige onderzoeksvragen	600
	Literatuur	601

Deel E Goederenrecht & financiering

22	Zekerheden en veronderstellingen: het zekere voor het onzekere	607
	<i>J.B. Spath en S.E. Bartels</i>	

	Samenvatting	607
1	Inleiding	607
2	Veronderstellingen in parlementaire geschiedenis en rechtspraak	609
2.1	Invoering van een vuistloos pandrecht	610
2.2	Rechtspraak (stil) pandrecht op vorderingen	619
2.3	Hypotheekbedingen en andere aanvullende regelingen bij hypotheek- rechten	623
2.4	Tussenconclusie	630
3	Rol en onderbouwing van veronderstellingen	632
3.1	Onderbouwingen (en het ontbreken daarvan)	632
3.2	Rol van veronderstellingen in het zekerhedendebat	640
4	Slotsom	643
	Literatuur	645
	Bijlage I	647

23	Naar een effectieve bescherming van de koper van een woning	649
	<i>A.L.M. Keirse en A. van Onna</i>	

	Samenvatting	649
1	Ter inleiding	649
1.1	Het probleem samengevat	649
1.2	Plan van aanpak	650
2	De invalshoeken	651
2.1	Juridische instrumenten	651
2.2	Rechtseconomisch streven	652

2.3	Gedragswetenschappelijk perspectief	653
3	De informatieplicht getoetst	654
3.1	Informatieplicht als juridisch instrument	654
3.2	Rechtseconomische en gedragswetenschappelijke reflectie	655
4	De bedenktijd gewogen	657
5	De taxatie	659
6	Tot besluit: professionele begeleiding	661
7	Samenvattende conclusie	663
	Literatuur	664
24	Banken en ondernemingen in tijden van crisis – Onbedoelde gedragseffecten in de contractuele relatie? Een eerste empirische verkenning	669
	<i>J.A.A. Adriaanse, G. Stigter en J.I. van der Rest</i>	
	Samenvatting	669
1	Inleiding	670
2	Kredietverlening aan ondernemingen in zwaar weer	671
3	Verantwoording van het verkennende onderzoek	674
3.1	Hypotheses en conceptueel model	675
3.2	Methoden	676
4	Resultaten van het onderzoek	680
5	Algemene conclusie en implicaties voor de praktijk	685
5.1	Algemene conclusie	685
5.2	Implicaties voor de praktijk: naar een gedragscode tussen banken en ondernemers om de contractuele relatie te verdiepen?	686
5.3	Richtingen voor verder onderzoek	688
	Deel F Verzekeringsrecht	
25	Gedragsveronderstellingen en verzekeringen	693
	<i>M.G. Faure en W.H. van Boom</i>	
	Samenvatting	693
1	Inleiding	693
2	Theoretische uitgangspunten	695
2.1	Rationele vraag naar verzekeringen	695
2.2	Antiselectie	696
2.3	Moreel risico	697

2.4	Empirische houdbaarheid van de theorie, algemeen	697
2.5	De vraag naar verzekering, in empirisch perspectief	698
2.6	Anti-selectie of pro-selectie: empirisch bewijs?	703
2.7	Moreel risico: empirisch bewijs?	705
2.8	Hoe reageren verzekeraars in werkelijkheid?	707
3	De relevantie van de empirische bevindingen voor privaatrecht en beleid	711
3.1	De vraag naar verzekering	712
3.2	Belang bij de verzekering	713
3.3	Moreel risico	714
3.4	Antiselectie	715
4	Afsluitende opmerkingen	716
	Literatuur	719
26	Fault en No-fault – Een theoretisch en empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van fault en no-fault bij verkeersongevallen	733
	<i>M. van Dam</i>	
	Samenvatting	733
1	Inleiding	733
2	Economische theorie van het ongevallenrecht	735
2.1	Aansprakelijkheid	735
2.2	Aansprakelijkheid en veiligheidsregulering	736
2.3	Aansprakelijkheid en verzekering	737
2.4	No-fault verzekering.	740
3	Het empirisch onderzoek ten aanzien van fault en no-fault	741
3.1	De empirische toetsing van aansprakelijkheidsregels	742
3.2	Het empirisch onderzoek naar (gedrags) effecten van no-fault.	743
3.3	Conclusie empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van fault en no-fault	749
4	Toetsing van de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid?	751
4.1	De Nederlandse verkeersaansprakelijkheid vanuit juridisch en economisch perspectief	751
4.2	De gedragseffecten binnen de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid	752
5	Concluderende opmerkingen	754
	Literatuur	755

Deel G Ondernemings- en effectenrecht

27	Sociale psychologie en vernieuwing in het ondernemingsrecht – Over beoefening van het Nederlandse ondernemingsrecht, gedragingen van bestuurders van kapitaalvennootschappen en het betrekken van relevante inzichten uit de sociale psychologie: naar een vernieuwende, opener verbinding?	765
	<i>B.F. Assink</i>	
	Samenvatting	765
1	Inleiding	765
2	Het vertrekpunt: de huidige stand van zaken	767
3	Een blik op de toekomst in drie thema's die illustreren dat een opener verbinding hout snijdt	772
4	Afronding: terug naar het begin	801
	Literatuur	801
28	Bestuursraden – Effectiviteit, diversiteit en impact op ondernemingsprestaties	811
	<i>P.J. Engelen</i>	
	Samenvatting	811
1	Inleiding	811
2	Vennootschapsbestuur in Nederland	813
3	De optimale configuratie van het vennootschapsbestuur	817
3.1	Algemeen	817
3.2	Optimale grootte	817
3.3	Leiderschapsstructuur	819
3.4	Hoeveelheid onafhankelijke bestuurders	821
3.5	Gespecialiseerde comités	822
3.6	Diversiteit van vennootschapsbestuur	823
4	Impact van omgevingsfactoren op corporate governance-keuzes	829
4.1	Impact van instituties en jurisdictie op corporate governance	829
4.2	Impact van crisistijden	832
5	Conclusies	834
	Literatuur	835

29	Beloning van bestuurders en commissarissen – Te weinig of te veel prikkels?	843
	<i>G.T.M.J. Raaijmakers</i>	
	Samenvatting	843
1	Inleiding	843
2	Bestuurdersbeloning	844
2.1	Transparantie als toermiddel?	844
2.2	Opnieuw nieuwe regelgeving	848
3	Commissarissenbeloning	851
3.1	Inleiding	851
3.2	Resultaatafhankelijke beloning voor de commissaris?	852
3.3	Aantasting van onafhankelijkheid?	855
3.4	Wat betekent dit voor beloning?	856
4	Slot	858
	Literatuur	859
30	Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen	865
	<i>M.J. Kroeze</i>	
	Samenvatting	865
1	Inleiding	865
2	De taakvervulling door het bestuur en de raad van commissarissen	866
3	Bestuurders en (interne) toezichthouders als groep	869
4	De verhouding tussen de groepsleden onderling (conformisme)	871
5	Conformisme in het bestuur en de raad van commissarissen	874
6	De verhouding tussen de groep en buitenstaanders (beoordeling)	878
7	De wijze waarop een groep (complexe) besluiten neemt	880
8	Toepassingen	882
9	Oplossingen	889
10	Tot besluit	897
	Literatuur	897
31	Bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk – Motieven voor het intern aansprakelijk stellen van bestuurders	907
	<i>H.G. van de Bunt, J.G. van Erp, R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast en N.T. Pham</i>	
	Samenvatting	907
1	Inleiding	907

1.1	Oogmerken van interne aansprakelijkheid: herstel en preventie	908
2	Wettelijk kader: de bestuurlijke gedragsnorm en aansprakelijkheidsnorm in artikel 2:9 BW	911
3	Het gebruik van artikel 2:9 BW in de praktijk	912
3.1	Het aantal interne aansprakelijkheidsprocedures	913
3.2	Enkele ontwikkelingen	914
4	Opzet van het onderzoek	915
5	Motieven voor interne aansprakelijkheidstelling	916
5.1	Vergoeding van de schade: kosten en baten	916
5.2	Andere prioriteiten	917
5.3	Niet om het geld, maar om het 'signaal'	918
5.4	Reputatie	919
5.5	'Straffen'	920
5.6	D&O-verzekering	920
6	Alternatieven voor een gerechtelijke procedure	921
6.1	Regelingen rond het vertrek van de bestuurder	921
6.2	Schikken: goedkoper, sneller en minder schadelijk voor de organisatie	922
6.3	Andere mogelijkheden	922
7	Conclusies	923
	Literatuur	925
 32	 De vrijblijvende verplichting van leidraden in de financiële sector – De civielrechtelijke en publiekrechtelijke effecten van vrijblijvende toezichthoudersadviezen	 929
	<i>A.J.C.C.M. Loonen</i>	
	Samenvatting	929
1	Inleiding	929
2	Nadere introductie tot het begrip 'leidraad'	930
2.1	De leidraden in de financiële sector	931
2.2	Diversiteit aan financiële leidraden	935
2.3	Deelconclusie	938
3	Effectmeting binnen de financiële sector	938
3.1	Onderzoek onder praktijkbeoefenaren naar effect van de leidraad	938
3.2	Oordeel van vier directieleden over de leidraden	943
3.3	Deelconclusie	943
4	De burgerlijke rechter en leidraden	944
5	De zelfwerkzaamheid vanuit de sector	949

6	Slotopmerking	952
	Literatuur	952
33	Over zien en toezien – De veronderstellingen achter het intern toezicht op semipublieke dienstverleners	955
	<i>R.J.J. Eshuis en F.L. Leeuw</i>	
	Samenvatting	955
1	Inleiding en vraagstelling	955
1.1	De verzelfstandiging van publieke dienstverlening en de introductie van intern toezicht	956
1.2	De schaduwkanten van de toegenomen marktwerking	957
2	Het model van intern toezicht bij een semipublieke setting	960
2.1	Het juridisch kader voor intern toezicht bij semipublieke dienstverleners	963
3	De gedragsassumpties achter het model van intern toezicht	964
3.1	Gedragsassumpties op individueel niveau	965
3.2	Gedragsassumpties op groepsniveau	966
4	Intern toezicht als regelkring	967
4.1	Informatie vergaren en toetsen aan normen	968
4.2	Ingrijpen	970
4.3	De regelkring van de normstelling	971
5	De markt van intern toezicht	972
5.1	De vraag naar intern toezichthouders in de semipublieke sector	972
5.2	Wat weten we van de personen die deze functies bemensen?	972
5.3	Tijdbeslag en beloning	973
6	Conclusies	974
	Literatuur	977

Deel H Rechtspleging en geschilbeslechting

34	Ontwerpen van civiele procedures: wat werkt?	985
	<i>J.M. Barendrecht</i>	
	Samenvatting	985
1	Inleiding	985
1.1	Een basis voor procesinnovatie	985
1.2	Wat werkt: vanuit welk perspectief?	986
1.3	Complexiteit	987

1.4	Meest urgente vragen	988
1.5	Data	989
1.6	Keuzes die mensen in procedures (kunnen) maken als indicatie van wat werkt	990
2	De cruciale ontwerp vragen	991
2.1	Specialisatie	991
2.2	Hoe te beginnen: met eis en verweer als structuur of als drempel?	992
2.3	Informatie (over feiten) uitwisselen	995
2.4	Wijze van begeleiding bij schikken en informatieverzameling	996
2.5	Diepgang van feitenonderzoek: bewijsrecht en expertise	999
2.6	Toegroeien naar een eindbeslissing: voorlopige oordelen en hoger beroep	1000
2.7	Financiering	1002
3	Conclusie	1003
3.1	Stand van de kennis over gedrag in civiele rechtspleging	1003
3.2	Enige innovatietrends	1003
3.3	Grote variatie en innovatie vanuit de rechtspraktijk	1004
3.4	Implicaties voor wetgeving en innovatiebeleid civiele rechtspleging	1005
	Literatuur	1006
35	Bewijswaardering en psychologische inzichten	1017
	<i>L.F.H. Enneking, I. Giesen en R. Rijnhout</i>	
	Samenvatting	1017
1	Inleiding	1017
1.1	Het probleem	1017
1.2	Doel en vraagstelling	1020
1.3	Verantwoording en plan van aanpak	1021
2	Bewijsvoering in civiele zaken: bewijswaardering door de rechter in vogelvlucht	1022
3	Psychologie binnen de civiele rechtspleging: enkele mogelijke biases blootgelegd	1024
3.1	Enkele voorbeelden van heuristics en biases	1024
3.2	Rechterlijke besluitvorming en cognitieve illusies: een voorbeeld uit de rechtspraktijk	1026
4	Uitgelicht (1): de confirmation bias in het burgerlijk (proces)recht	1029
4.1	Inleiding	1029
4.2	Bestaat er een verklaring voor de confirmation bias?	1031

4.3	Mogelijke confirmation bias-gerelateerde problemen in een civiele procedure	1032
5	Uitgelicht (2): het anchoring effect in het burgerlijk (proces)recht	1036
5.1	Inleiding	1036
5.2	Verklaringen voor het anchoring effect	1038
5.3	Een ding is helder: juristen zijn niet immuun voor het anchoring effect	1042
5.4	Lessen voor de rechtspraktijk	1044
6	Uitgelicht (3): het primacy effect, het recency effect en andere order effects	1046
6.1	Inleiding	1046
6.2	Order effects en oordeelsvorming	1047
6.3	De rol van order effects in juridische procedures	1049
6.4	Lessen voor de rechtspraktijk?	1053
7	Mogelijke oplossingen voor 'wringende' psychologische en juridische inzichten	1055
7.1	Wringende inzichten en de wijze van omgang met deze spanningen	1055
7.2	De confirmation bias: debiasing en juridische oplossingen	1058
7.3	Debiasing van het anchoring effect	1061
7.4	Psychologische bijsturing van primacy, recency en andere order effects	1064
8	Conclusie	1069
	Literatuur	1069
36	Rechterlijke groepsbesluitvorming	1087
	<i>F.S. ten Velden en T.R.W. de Wilde</i>	
	Samenvatting	1087
1	Inleiding	1087
2	Meervoudige besluitvorming	1089
3	Groepen als informatieverwerkers	1092
4	Vertekeningen in de informatieverwerking: de rol van sociale motivatie	1095
4.1	Persoonlijke- en situationele factoren die sociale motivatie beïnvloeden	1096
4.2	Effecten van sociale motivatie op groepsbesluitvorming	1098
4.3	Coöperatie versus individualisme: Wat leidt tot de beste besluiten?	1100
5	De grondigheid van informatieverwerking: epistemische motivatie	1102

5.1	Persoonlijkheidsfactoren die epistemische motivatie beïnvloeden	1103
5.2	Externe factoren die epistemische motivatie beïnvloeden	1105
5.3	Factoren op groepsniveau die epistemische motivatie beïnvloeden	1107
5.4	Coöperatieve motivatie en hoge epistemische motivatie	1110
6	Concluderende opmerkingen	1111
	Literatuur	1113
37	Gedrag van advocaten	1123
	<i>L. Visscher</i>	
	Samenvatting	1123
1	Inleiding	1123
2	(Zelf)regulering van de advocatuur	1125
2.1	Een korte inleiding in het economisch denkkader	1125
2.2	Waarom (zelf)regulering?	1127
2.3	Conclusie	1130
3	(Rechts)economisch en empirisch onderzoek naar het gedrag van advocaten	1131
3.1	Principal-agentrelaties	1131
3.2	Invloed van de beloningsstructuur – de theorie	1132
3.3	Empirisch onderzoek	1135
3.4	Conclusie	1139
4	Psychologisch en gedragseconomisch onderzoek	1139
4.1	Inleiding	1139
4.2	Persoonskenmerken van advocaten	1139
4.3	Het werken met gedragsregels	1141
4.4	Biases en heuristics bij advocaten	1143
5	Conclusies	1148
	Literatuur	1149
38	Wet deelgeschilprocedure drie jaar later	1159
	<i>M.A. Tuls</i>	
	Samenvatting	1159
1	Inleiding	1159
1.1	De Wet deelgeschilprocedure in vogelvlucht	1159
1.2	Deze bijdrage	1161
2	Doelen van de wet en veronderstellingen van de wetgever bij invoer- ring	1162

3	Veronderstellingen in de praktijk bij de invoering	1164
3.1	Werking in grote mate afhankelijk van voldoende gespecialiseerde rechters	1164
3.2	Geen uniform beleid van rechters: mogelijkheid tot forumshoppen	1164
3.3	Interne financiering mogelijk van invloed	1165
3.4	Niet geschikt voor complexe en omvangrijke materiële geschilpunten	1165
3.5	Verharding standpunten	1166
3.6	Dreigende werking kostenvergoedingsmodel	1166
3.7	Algemene verwachting	1167
4	Wat is er terechtgekomen van de verwachtingen?	1167
4.1	Inleiding	1167
4.2	Onderzoek Van en Akkermans	1168
4.3	De jurisprudentie	1170
5	Conclusie	1176
	Literatuur	1177
39	Afsluitende opmerkingen	1179
	<i>A.J. Verheij, W.H. van Boom en I. Giesen</i>	
	Samenvatting	1179
1	Inleiding	1179
2	De meerwaarde van civilologie	1180
3	Het belang van de context	1182
4	Evidence-based regels en rechtspraak	1185
5	Uitgeleide	1189
	Literatuur	1190
	Over de auteurs	1193

1 INLEIDING: EEN HANDBOEK VOOR DE CIVILOLOOG-PRIVATIST

W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij

SAMENVATTING

In dit inleidende hoofdstuk wordt een aantal algemene kwesties uiteengezet. We bespreken wat civilologie wat ons betreft is, schenken enige aandacht aan de doelstelling en relevantie van zowel dit boek als die civilologie, gaan iets nader in op ‘de definitie’ van gedragspresumptie en gedragseffect, bespreken de verdere indeling van dit boek en bieden een eerste methodologische verantwoording bij de bijdragen.

1 INLEIDING

Dit handboek biedt een eerste ingang tot de civilologie. Daaronder verstaan wij de verzameling van wetenschappen die in onderlinge samenhang onze kennis vergroot van de gedragspresumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op het gedrag van individuen, ondernemingen en organisaties en de betekenis die deze presumpties en effecten hebben voor privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en -toepassing.

Eén van de vertrekpunten van de civilologie is dat privaatrecht geanalyseerd kan worden in termen van gedragspresumpties en gedragseffecten. De Hoge Raad stelt bijvoorbeeld dat werkgevers extra zorg in acht moeten nemen wat betreft werknemers die met gevaarlijke machines werken, omdat het dagelijkse gebruik daarvan tot verminderde waakzaamheid zou leiden.¹ Dat is een gedragspresumptie.² De vraag is echter of die presumptie ook feitelijk juist is. De wetgever voert een bedenkttermijn in met als doel dat de contracteerbeslissing van één van de partijen evenwichtiger wordt en de druk van de beslissing wordt verminderd. Dat is een beoogd doel, maar wordt dat doel ook werkelijk bereikt of blijft het effect in de praktijk uit? Als persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders tot defensief besturen zou leiden, dan kunnen we misschien spreken van een onbedoeld – en mogelijk zelfs onge-

1 Bijv. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (*Messaoudi/Hoechst*); HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 (*De Vries/Kuyt*). Zie in dit verband ook Hartlief 2012, over de hieraan gerelateerde problematiek uit het *Laadschop*-arrest (HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (*Martin Smit*)).

2 Zie over het begrip ‘presumptie’ hierna par. 3.

wenst – gedragseffect;³ zijn er echter empirische bewijzen die het bestaan van dat effect of het ontbreken ervan aantonen?

Zo rijzen er veel vragen, en hoewel wij de laatste jaren een toename menen te zien van de aandacht voor de (kortweg) ‘empirische’ kant van het privaatrecht, zijn er – ook nu nog – weinig zekere antwoorden. Het is daarom dat ook de tweede druk van dit boek beoogt om diverse auteurs met zeer uiteenlopende achtergrond bijeen te brengen om zich over dit type vragen te buigen en om meer duidelijkheid te verschaffen over de rol van gedragspresumpties en gedragseffecten in het privaatrecht. De centrale gedachte is dus – opnieuw – dat de auteurs onderzoeken *in hoeverre privaatrechtelijke regels aansluiten bij hoe mensen en organisaties werkelijk zijn, denken, beslissen en zich gedragen*. Anders gezegd: *is er invloed van privaatrechtelijke regels op gedrag en sluiten regels aan bij dat gedrag?* Daarbij komen enerzijds zowel bedoelde effecten (effectiviteit) als onbedoelde neveneffecten aan de orde, als anderzijds de gehanteerde veronderstellingen over gedrag als basis voor regels. We hebben de auteurs dus gevraagd om als ‘civiloloog’ een bijdrage aan deze bundel te leveren.

Het doel van het boek is wederom te komen tot accumulatie van kennis en een staalkaart voor civilisten werkzaam in rechtspraak, wetgeving en beleid, alsmede voor aankomende civilisten. Daarmee kan het boek beleidsmakers en regelgevers helpen om integratieve oplossingen te bereiken voor de privaatrechtelijke aspecten van de maatschappelijke problemen die zij trachten op te lossen. Voor studenten biedt het boek een nieuw perspectief op geldend recht.

In dit inleidende hoofdstuk zetten we aantal algemene kwesties uiteen. We gaan iets nader in op ‘de definitie’ van gedragspresumptie en gedragseffect (par. 3), bespreken de verdere indeling van dit boek (par. 4) en bieden een eerste methodologische verantwoording bij de bijdragen (par. 5). Maar eerst schenken we enige aandacht aan doelstelling en relevantie van zowel dit boek als de civilologie.

2 DOELSTELLING EN RELEVANTIE VAN DIT BOEK EN DE CIVILOLOGIE

Wat betreft het doel van dit boek kunnen we betrekkelijk kort zijn. Ons doel is, ook nu weer, enerzijds bescheiden, anderzijds ambitieus. Het is bescheiden van opzet waar het nieuw en geactualiseerd materiaal wil ontsluiten en de lezer gewaar laten worden van wat we al weten – en vooral van wat we nog niet weten – over gedrag en privaatrecht. Het is in die zin een handboek dat de lezer een staalkaart biedt van het onderzoek dat op het bestreken terrein verricht is en wordt. Het domein van het boek betreft in beginsel het

3 Zie HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen/NOM*).

gehele privaatrecht, maar we hebben onszelf niet als doel gesteld alle delen van het privaatrecht (even intensief) te behandelen. Boek 8 BW en Boek 10 BW zijn bijvoorbeeld niet vertegenwoordigd, en ook het IE-recht ontbreekt nog; en op het terrein van het goederenrecht is nog een wereld te winnen.

Tot de doelgroep van dit boek behoren beleidsmakers, academici, rechters, advocaten en andere juridische beslissers, simpelweg omdat zij, elk op hun eigen terrein, beslissingen nemen die voortbouwen op of gepaard gaan met gedragspresumpties en die effect sorteren. Zij kunnen, naar wij menen, leren van de bijdragen in dit boek. Het boek heeft niet als doel om een academisch discours met en binnen de andere disciplines die in de diverse bijdragen aan bod komen, te voeden. Wij hebben dus niet de pretentie dat dit boek van belang zou kunnen zijn voor andere disciplines dan de juridische. De civilologie is nu eenmaal een onderdeel van het *juridische* wetenschappelijk discours.

Als ‘handboek civilologie’ is dit boek wel degelijk ambitieus – en daar ligt meteen ook de relevantie van dit boek – omdat het de synthese en de uitwisseling van inzichten tussen de verschillende disciplines wil stimuleren en daarmee ‘civilologie’ als nieuwe dimensie aan het rechtsgeleerd (privaatrechtelijk) onderzoek in Nederland toevoegt.⁴ Als gezegd is in onze benadering ‘civilologie’ de verzameling van wetenschappen die in onderlinge samenhang onze kennis vergroot van de gedragspresumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op het gedrag van individuen en organisaties en van de betekenis die deze presumpties en effecten hebben voor privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en -toepassing.⁵

Die civilologie is na het verschijnen van de eerste druk van dit boek een bescheiden eigen leven gaan leiden, in die zin dat er congressen zijn georganiseerd onder die noemer,⁶ er een boekenreeks ‘Civilologie|Civilology’ tot stand gekomen is waarin diverse delen inmiddels verschenen zijn⁷, er elders verwezen wordt naar deze stroming en er inmiddels een onderzoeksprogramma in de maak is dat ‘civilologie’ in het vaandel voert (aan de VU Amsterdam). Belangrijker is dat ‘civilologie’ als begrip een zekere welwillendheid heeft mogen ondervinden als noemer voor een beweging richting ‘meer empirie in privaatrecht’.⁸ Wetenschappelijk gezien heeft ‘civilologie’ dus relevantie verworven in het Nederlandse discours.

4 De term en ambitie ontleen wij mede aan Genn e.a. 2006. Vgl. voor ontologie van de civilologie ook Croes/Leeuw 2012.

5 Zie reeds de vorige druk van dit boek, alsmede Van Boom, Giesen & Smit 2012.

6 Zie Van Boom, Giesen & Smit (red.) 2012.

7 Bij Boom Juridische uitgevers en Eleven Publishing te Den Haag. Het onderhavige boek is nummer 6 in die reeks.

8 Zie in dit verband de WPNR-special over ‘Law & ...’-bewegingen uit december 2011 onder redactie van Vranken & Van Dijk.

3 GEDRAGSPRESUMPTIES EN GEDRAGSEFFECTEN

3.1 *Definities en verhoudingen*

In deze paragraaf gaan wij iets nader in op de elementen ‘gedragspresumptie’ en ‘gedragseffect’. Gedragspresumpties zijn in onze definitie de uitgesproken of onuitgesproken veronderstellingen over hoe individuen of organisaties opereren, tot wilsbepaling en besluitvorming komen, met onzekerheid omgaan en op regelstelling reageren. We gebruiken het begrip ‘presumptie’ en niet ‘assumptie’. Het laatste begrip wordt in bepaalde disciplines zoals economie gebruikt om een bewuste aanname binnen een theoretisch raamwerk mee aan te duiden, terwijl wij vooral duiden op veronderstellingen van juristen over hoe mensen en organisaties denken, beslissen en handelen. Die veronderstellingen zijn nogal eens gestoeld op intuïtie, zonder enige theoretische inkadering. Om die praktische reden kozen we voor het begrip ‘presumptie’.

Gedragseffecten in onze definitie zijn de gevolgen die al dan niet beoogd teweeg worden gebracht na regelstelling van wetgever en rechter, en wel door de interactie tussen regelstelling en normadressaat. Een voorbeeld moge de verhouding tussen presumptie en effect verduidelijken. Zowel de wetgever als de civiele rechter bedienen zich van gedragspresumpties. De regels en uitspraken die zij daarop baseren, hebben elk voor zich weer één of meer beleidsdoelen voor ogen en die doelen hebben vaak weer betrekking op gedrag. Zo zou men kunnen stellen dat het leerstuk van de onrechtmatige gevaarzetting tot doel heeft de preventie van bepaalde ongevallen via het toekennen van schadevergoeding achteraf. Helemaal zeker is dit niet, omdat wetgever en rechter in binnen- en buitenland zelden kraakhelder aangeven wat het doel of de doelen van het aansprakelijkheidsrecht zijn.⁹ Hoe dan ook: *aannemend dat* het leerstuk van de onrechtmatige gevaarzetting tot doel heeft de preventie van bepaalde ongevallen, dan zou in een klassieke zaak als *Lekkende Kruik* het volgende rationele beoordelingskader kunnen volgen:¹⁰

⁹ Zie daarover bijv. ook de bijdrage van Giesen aan dit boek.

¹⁰ HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 (*Lekkende Kruik*).

Figuur 1.1



Dit kader biedt geen verklaring van menselijk gedrag, maar is veeleer een normatief kader waarbij steeds bepaalde gedragsveronderstellingen worden gehanteerd. Immers, bij elk van deze stappen kan men vraagtekens zetten. Lezen gebruikers van producten inderdaad niet altijd de gebruiksaanwijzing? Zal de dreiging van aansprakelijkheid daadwerkelijk tot aanpassing van ontwerp en productiewijze leiden? Dit zijn empirische vraagstukken.¹¹ Verder kan de vraag worden gesteld of het doel van de regelstelling werkelijk is het voorkomen van letselschade. In het privaatrecht is in veel gevallen de enige zekerheid die de juridische beslisser heeft *dát* er regelstelling is, terwijl het achterhalen van doel en strekking van de betreffende regel soms bijzonder moeilijk is.¹² Maar inzicht in doel en strekking van die regel zijn essentieel om te achterhalen of de gehanteerde gedragspresumpties, alsook de beoogde en geconstateerde gedragseffecten, in de weg staan aan verwezenlijking van het achter de regel liggende beleidsdoel. En er zijn meer vragen te stellen: is aansprakelijkheid het meest doeltreffende en doelmatige middel om het doel te realiseren? Of is (publiekrechtelijke) veiligheidsregulering effectiever en brengt dit minder kosten voor betrokkenen met zich?

3.2 Van gedrag en kennis

Gedragspresumpties en veronderstelde effecten zijn, zo moge duidelijk zijn, aan de orde van de dag in het privaatrecht en zowel regelgevers als rechters hanteren ze als uitgangspunt voor hun beslissingen. Of een bestuurder van een laadschop (i.e. een groot motorvoertuig

11 Over de eerste vraag bijv. Pape 2012. Over de tweede vraag bijv. de bijdragen in dit boek van Bacharias c.s., Van de Bunt c.s., Van Dam en Van Dijck.

12 Zoals bijv. ook de toepassing van het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) laat zien, vgl. HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*) en de daaropvolgende rechtspraak zoals HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529 m.nt. Van Dam (*Vie d'Or*).

dat op bouwplaatsen wordt gebruikt) voorzorgsmaatregelen moet treffen als hij spelende kinderen in de omgeving van de laadschop ziet, kan afhangen van de vraag welk gedrag kinderen over het algemeen zullen vertonen bij het zien van een laadschop. Blijven zij, bang geworden door de omvang van het voertuig, op een veilige afstand of worden zij zozeer aangetrokken tot het fascinerende apparaat dat zij er bijna als vanzelf onder geraken? Als de rechter de eerste variant kiest, kan hij tot de beslissing komen dat het kind dat wél onder de laadschop is geraakt, uitzonderlijk gedrag vertoonde waar de bestuurder geen rekening mee had hoeven houden. Als de rechter de tweede variant kiest, kan hij tot de beslissing komen dat de bestuurder rekening had moeten houden met typisch kindergedrag en dat er dus aansprakelijkheid bestaat voor het letsel van het kind dat het typische gedrag vertoonde. In de laadschop-zaak koos het Hof voor de eerste en de Hoge Raad kennelijk voor de tweede variant.¹³ Dat kan natuurlijk niet. Er valt hier niets te kiezen: beide varianten hebben werkelijkheidspretentie en moeten daarom empirisch getoetst (kunnen) worden, waarna in principe zal blijken dat één variant onjuist was. Vaak kan de rechter dat echter niet zelf en is deskundig advies nodig.

Met betrekking tot veronderstelde gedragseffecten kan hier verder nog gewezen worden op het zogenoemde *floodgates*-argument. In rechtspraak, vooral in het buitenland, wordt bijvoorbeeld vaak verwezen naar de onaanvaardbare maatschappelijke gevolgen van het toelaten van uitdijende aansprakelijkheid.¹⁴ Dat zou tot het openzetten van de sluisdeuren (richting ongebreidelde aansprakelijkheid) leiden, door het te voorziene gevolg dat veelvuldig vergoeding gevorderd zal worden. En dat zou een ondraaglijke schadelast teweegbrengen of op zijn minst een *chilling*-effect hebben op burgers en organisaties (d.w.z. leiden tot overmatige angst voor potentiële schadeclaims, resulterend in een maatschappelijk onwenselijk hoge mate van voorzichtigheid).

Dergelijke retoriek lijkt ook in onze eigen civiele rechtspraak te worden gebezigd,¹⁵ zonder dat er veel concrete kennis bestaat over de werkelijke gedragseffecten van het al dan niet toestaan van een bepaalde aansprakelijkheidsactie.¹⁶ Dat wil niet zeggen dat we

13 Zie HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (*Martin Smit*). Vgl. daarover bijv. Vranken 2005, nr. 50-51, alsmede uitvoerig en indringend Hartlief 2012.

14 Zie de verwijzingen bij Van Boom 2004, p. 33 e.v.

15 Vgl. bijv. HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac Hijma (*Duwbak Linda*), waar aan het 'floodgates'-argument wordt gerefereerd. Andere voorbeelden zijn HR 20 juni 2008, LJN: BC4959 (*Willemsen Beheer/NOM*), waarin de hoge aansprakelijkheidsdrempel voor ondernemingsbestuurders werd gerechtvaardigd met verwijzing naar het gevaar van 'onwenselijke defensieve overwegingen' en HR 4 december 2009, LJN: BJ7834 (*Green-world*), waarin de hoge aansprakelijkheidsdrempel voor arbiters werd gerechtvaardigd met verwijzing naar het gevaar van beknotting van hun vrijheid en onbevangenheid. Vgl. ook HR 3 februari 2012, LJN: BT6947, waarin plausibel doch speculatief wordt geredeneerd omtrent de gevolgen van het toestaan van generieke verpanding van vorderingen.

16 Zie intussen in dit boek de bijdragen van Bacharias c.s., Van de Bunt c.s., Van Dam en Van Dijck. Als er iets uit deze bijdragen duidelijk wordt, dan is het dat 'het' gevolg van aansprakelijkheid niet bestaat. Veel hangt af van de context waarin het aansprakelijkheidsrecht functioneert.

aansprakelijkheid met een gerust hart verder kunnen laten uitdijen, maar wel dat dergelijke argumentatie met werkelijkheidspretentie beter onderbouwd – of wellicht beter zelfs: vermeden – moet worden als er geen tastbare bewijzen voor bestaan of aangevoerd (kunnen) worden.¹⁷

4 DE BIJDRAGEN AAN DIT BOEK

In deze tweede druk is een aantal bijdragen uit de eerste druk opnieuw, doch in een geactualiseerde versie opgenomen. Tevens zijn diverse geheel nieuwe bijdragen geschreven en opgenomen, deels door ‘nieuwe’ auteurs, deels door ‘recidivisten’.

Na deze inleiding volgt een *algemeen deel*, en daarna hebben wij de bijdragen aan dit boek gerubriceerd naar een zevental rechtsgebieden die binnen het privaatrecht in de meest brede zin van het woord te onderscheiden zijn, waarna een afsluitend hoofdstuk het boek besluit. De reden om het boek vanuit dergelijke rechtsgebieden op te bouwen, was dat uiteindelijk de juridische invalshoek voor dit boek bepalend was (zie par. 1), zodat de gekozen indeling van het boek wat ons betreft ook vanuit die hoek zou moeten komen. Een indeling naar bijvoorbeeld ‘benutte andere wetenschap’ viel daarmee af, en een indeling in rechtsgebieden werd daarmee voor de hand liggend. De zeven onderscheiden rechtsgebieden zijn: personen- & familierecht, overeenkomstenrecht, aansprakelijkheidsrecht, goederenrecht & financiering, verzekeringsrecht, ondernemings- & effectenrecht, en rechtspleging & geschilbeslechting. De keuze voor juist die deelgebieden werd vooral bepaald door onze eigen voorkeuren, specialismen en kennis omtrent mogelijke onderwerpen en/of auteurs. We hadden uiteraard ook andere terreinen kunnen selecteren en bestrijken, maar zover reikten onze ambitie, netwerk en kennis nog niet (par. 1).

De verdere indeling van de 37 specifieke bijdragen in het ene of andere rechtsgebied heeft ons vervolgens nog wel de nodige hoofdbrekens gekost, en het resultaat, zo geven wij direct toe, kan soms nog steeds betwijfeld worden. Als auteurs gevraagd wordt grenzen te overschrijden, is dat echter te verwachten. De navolgende door ons gemaakte indeling van bijdragen is dan ook niet altijd een ‘dwingende’; veeleer hebben wij soms het oorspronkelijk aan de auteur aangereikte vertrekpunt voor de bijdrage bepalend laten zijn, ook als de bijdrage zelf alsnog de grenzen daarvan opzocht of overschreed.

Het *algemeen deel* opent met een bijdrage van Van Raaij over het consumentbeeld in het BW: is die consument zwak, rationeel, overladen? Hoe komen consumenten tot beslissingen en in hoeverre sluiten de beschermingsregels in het BW daarbij aan? Vervolgens is de bijdrage van Croes opgenomen over de pogen van overheden om het recht te gebruiken

¹⁷ Zie ook Vranken 2005, nr. 39 e.v.; Van Boom 2006.

om gewenste maatschappelijke uitkomsten te genereren. Als verklaring voor het geringe succes daarvan wordt gewezen op gedragsmechanismen die mensen vertonen waarmee bij de ontwikkeling van beleid vaak geen rekening wordt gehouden.

Daarna volgt het artikel van De Kogel, Schrama en Smit dat bespreekt, aan de hand van voorbeelden uit de internationale literatuur, dat neurowetenschappelijke inzichten ook betekenis hebben in de civiele rechtspraktijk, en niet alleen in het strafrecht. Een aantal casus maakt duidelijk dat in Nederland neurowetenschappelijke gegevens al op uiteenlopende terreinen van de civiele rechtspraak in de rechtszaal zijn doorgedrongen. In de bijdrage van Klein Haarhuis en Niemeijer wordt getracht om geschilgedrag en het gebruik van procedures te verklaren via een model dat rechtseconomie, rechtspsychologie en rechtssociologie combineert. Het biedt een mooie algemene inleiding op het rationale keuzemodel en gaat daarmee dus ook heel algemeen over de thematiek van dit boek.

In het Europese consumentenrecht wordt de vraag of een consument wellicht is misleid mede beoordeeld aan de hand van de standaard van 'de gemiddelde consument'. Deze gemiddelde consument wordt verwacht 'redelijk geïnformeerd, oplettend en omzichtig' te zijn. Duivenvoorde gaat in op de gedragspresumpties die ten grondslag liggen aan dit begrip en betoogt dat die presumpties op verschillende punten de plank mis slaan en daarmee de doelstellingen van de wetgeving lijken te ondermijnen. Hij biedt vervolgens aanknopingspunten vanuit de gedragswetenschappen om misleidende strategieën te herkennen. Zijn invalshoek is daarmee breder dan enkel het contractenrecht; hij bespreekt eigenlijk de kwesties van consent en bekwaamheid, vandaar dat deze bijdrage dit algemeen deel afsluit.

In het eerste juridisch afgebakende deelterrein, dat van het *personen- & familierecht*, plaatsen we de bijdragen van Antokolskaia en Schrama. Schrama gaat na welke gedragsveronderstellingen leidend zijn voor de inrichting van het Nederlandse relatierecht. Aan de hand van regelingen in het alimentatierecht en het relatievermogensrecht wordt geïllustreerd dat er een verband bestaat tussen veronderstellingen over gedrag van partners en de afweging in de wettelijke regeling tussen partijautonomie en bescherming. Omdat dat verband bestaat, is het van belang dat die veronderstellingen over het geheel genomen niet te ver van de werkelijkheid verwijderd zijn, ofwel *evidence-based* zijn. Ook Antokolskaia besteedt aandacht aan het fenomeen dat bij het voorbereiden van familierechtelijke wettelijke maatregelen vaak te weinig wordt stilgestaan bij de resultaten van wetenschappelijk onderzoek die hun licht kunnen laten schijnen op de vraag of deze maatregelen 'werken' (positieve resultaten). Daarbij wordt de invoering van het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel als illustratie gebruikt. In dit verband wordt in bredere zin de nodige aandacht besteed aan het gebruik van *evidence-based* wetgeving.

Binnen het deelterrein *overeenkomstenrecht*, wordt ten eerste het leerstuk van *informed consent* (de informatieplicht van de arts gericht op de autonomie van de patiënt) door Giard aan de orde gesteld. De positieve gedragsbeïnvloeding van artsen door die rechtsfiguur lijkt tekort te schieten. Luzak vervolgt met een verhandeling over bedenktijden en de mogelijkheid om de contractuele relatie alsnog niet aan te gaan, waarbij ze vooral de psychologische aspecten van het herroepingsrecht bij op afstand gesloten overeenkomsten benadrukt. Dat (dwingendrechtelijk) herroepingsrecht wordt vaak als voordelig voor enkel de consument gezien, maar zij bespreekt diverse psychologische fenomenen die maken dat consumenten geregeld geen afdoende gebruik maken van hun herroepingsrecht.

Niet alleen (zwakke) consumenten en patiënten, maar ook tussenschakels in de handelsketen bevinden zich regelmatig in een lastige positie, omdat grote spelers zoals supermarkten grote onderhandelingsmacht hebben. Moeten dergelijke machtsposities in toom worden gehouden? De Hoon bespreekt in haar eerste bijdrage aan dit boek het bestaande empirisch onderzoek dat tracht om vormen van marktmisbruik, met name in de detailhandel, in kaart te brengen en zij pleit voor een meer *evidence-based* benadering voordat regelgevers aan de knoppen gaan draaien.

In de daarna volgende bijdrage bekijkt Van Erp in hoeverre *naming and shaming* (ofwel het ‘reputatie-effect’) als mogelijke remedie een preventieve prikkel zou kunnen vervullen. Zij focust op contractuele aansprakelijkheid, maar wat zij schrijft is ook voor het onrechtmatigedaadsrecht relevant. Er zijn (uiteraard) ook regels ontwikkeld voor een meer reguliere beëindiging van een overeenkomst, dus nadat die is uitgevoerd (bijvoorbeeld duurovereenkomsten). Daarbij is het vaak echter de vraag of de wederpartij een verwijt te maken valt. De Hoon bespreekt in haar tweede bijdrage de psychologische kanten van die beschuldiging en de vraag welke gevolgen daaraan verbonden kunnen zijn voor deze rechtsregels.

Low schrijft vervolgens over Europees beleid als het gaat om het zich steeds verder ontwikkelende Europees contractenrecht en de mate waarin dat *evidence-based* is, met name aan de hand van het voorbeeld van de *Common European Sales Law* (CESL). De conclusie is dat CESL niet *evidence-based* is, omdat de beleidskeuzes en regels bepaalde vormen van bewijs negeren of misinterpreteren en er bovendien andere invloeden aan het werk zijn geweest.

Het volgende terrein is dat van het *aansprakelijkheidsrecht*. Dat aansprakelijkheidsrecht is volgens veel juristen in de eerste plaats gericht op schadevergoeding. Kunnen we er nog iets anders mee dan compenseren? Lindenbergh en Mascini hebben acht letselschadeslachtoffers geïnterviewd en hun bevinding is dat letselschadeslachtoffers niet alleen financieel, maar ook relationeel willen worden gecompenseerd, hoewel inspanningen in verband met deze twee vormen van compensatie in de praktijk niet eenvoudig verenigbaar zijn. Beide

partijen hebben een sterke prikkel om zich calculerend op te stellen en te twijfelen aan de oprechtheid van de verzoeningsintentie van de andere partij.

Inzake de medische aansprakelijkheid wordt de bestaande empirische kennis verzameld en geanalyseerd in de bijdrage van Van Dijck. Aan de hand van empirische *defensive medicine*-studies laat hij zien dat de relatie tussen aansprakelijkheid en defensief gedrag genuanceerder moet worden bekeken dan doorgaans in het aansprakelijkheidsrecht gebeurt. Aansprakelijkheid kan in dezelfde situatie zowel wel als niet leiden tot defensief gedrag, afhankelijk van hoe de twee begrippen worden gedefinieerd.

Giesen bespreekt daarna in hoeverre de Nederlandse regels van juridische causaliteit (met name art. 6:98 BW) te verenigen zijn met de lessen uit de psychologische attributietheorie. De vergoeding van schokschade in de dagelijkse praktijk en de problemen die dat juridische begrip oplevert indien het bekeken wordt vanuit de klinische psychologie, staat centraal in de bijdrage van de jurist Engelhard en de psycholoog Engelhard.

Het eigenlijke onrechtmatigedaadsrecht wordt onder de loep genomen als we aan de hand van Pape het leerstuk van aansprakelijkheid wegens een nalaten onder de loep nemen. Na bespreking van de juridische vraag onder welke voorwaarden het nalaten om hulp te verlenen aan een vreemde tot civielrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden, wordt via de sociale psychologie ingegaan op de vraag waarom en wanneer mensen hulp bieden aan een vreemde in nood. Aan de hand van die kennis wordt dan opnieuw gekeken naar de vereisten voor onrechtmatig nalaten en wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het *bystander*-effect een rol dient te spelen bij het aannemen van aansprakelijkheid.

Hiermstra en Verheij gaan in op de regeling van de aansprakelijkheid van jeugdigen, mede in het licht van de beoogde wetswijziging op dat vlak, en zij doen dat met een neurowetenschappelijke bril, omdat dat empirisch onderzoek licht werpt op gedrag en besluitvorming van jongeren. Adolescenten kampen met neurologische beperkingen die maken dat zij – in bepaalde omstandigheden – eerder risicovol of zelfs crimineel gedrag zullen vertonen. De relevantie van deze onderzoeksgegevens voor de aansprakelijkheid van jeugdigen ligt bijvoorbeeld hierin dat de data lijken te ondermijnen dat kinderen vanaf veertien jaar meer verantwoordelijkheid aan kunnen en dat ouders daarom slechts in geval van schuld aansprakelijk dienen te zijn.

De arbeidsongevallenproblematiek is al jaren een bron van rechtsontwikkeling en mocht dan ook niet ontbreken in dit boek. De regels die de arbeidsveiligheid moeten bevorderen blijken dat beoogde effect echter niet zonder meer te genereren, zo blijkt uit de bijdrage van Bacharias, Lindenberg en Mascini.

Een belangrijk deelgebied van het onderdeel *goederenrecht & financiering* betreft de diverse regelingen inzake zekerheden die banken en leveranciers bedingen bij kredietverlening en uitvoering van orders. Naar nu blijkt is de Nieuw BW-wetgever en nadien de rechter bij die regeling van diverse, uiteindelijk niet of nauwelijks nader onderbouwde veronderstel-

lingen uitgegaan, zo laten Spath en Bartels zien, terwijl die veronderstellingen zeker niet allemaal voetstoots als waar kunnen worden aangemerkt. Onder het thema financiering valt natuurlijk de koop van een woning. Keirse en Van Onna bespreken de overtuiging dat de consument beschermd dient te worden bij wat voor velen de grootste financiële aanschaf in het leven is. Beantwoording van de vraag hoe die bescherming gestalte moet krijgen (via een informatieplicht en/of bedenkttermijn?) is echter lastig. Over gemaakte keuzes wordt veel discussie gevoerd in de rechtswetenschap, maar in deze bijdrage wordt ook de rechtseconomische literatuur betrokken, alsook inzichten vanuit de psychologie.

De relatie tussen kredietnemers en kredietgevers (vaak de huisbank) wordt onderzocht in de bijdrage van Adriaanse c.s. Daarbij worden afspraken gemaakt over hoe partijen zich tot elkaar dienen te verhouden (rentebetalingen, aflossingen, informatie-uitwisseling), gebaseerd op wederzijds vertrouwen, transparantie en onderlinge samenwerking. Als de financiële positie van de onderneming verzwakt, blijkt uit de insolventiepraktijk dat partijen het gezamenlijke belang vaak secundair maken aan hun eigen belang. Dit alles uit angst om verhoogde risico's te lopen (kredietopzegging en daarmee wellicht faillissement of non-betaling (*default*) op de uitstaande lening). Door middel van een enquête is gezocht naar antwoord op de vraag of dergelijke (ongewenste) gedragseffecten inderdaad bestaan. Geconcludeerd kan worden dat de presumpties over de te verwachten ongewenste gedragseffecten niet door het onderzoek worden ondersteund. Het onderzoek leidt echter ook tot twijfel over de positieve doorwerking van een contract op het wederzijdse vertrouwen en de onderlinge samenwerking.

In het onderdeel *verzekeringsrecht* besteden Faure en Van Boom aandacht aan het empirisch bewijs inzake typische verzekeringsrechtelijke thema's als de vraag naar verzekeringen, antiselectie en *moral hazard*. De feiten tonen dat de werkelijkheid weerbarstiger is dan de verzekeringseconomische theorie voorspelt en dat verzekeraars en regelgevers soms een zekere mate van antiselectie en *moral hazard* tolereren om andere doelen te dienen. Ten aanzien van het verkeersaansprakelijkheidsrecht en de mogelijkheden van verzekering van die vorm van aansprakelijkheid woedt er al decennialang een stevige discussie over het wel of niet overstappen naar een *no-fault* systeem. Van Dam schetst de empirische kennis, voor zover traceerbaar, van de effecten van een *fault* of een *no-fault* systeem.

Het *ondernemings- & effectenrecht* komt ruim aan bod in een zevental bijdragen. Assink grijpt ten eerste de kans om te betogen dat er goede argumenten bestaan om aan te nemen dat – ook – bij de beoefening van het Nederlandse ondernemingsrecht in brede zin nadrukkelijker acht geslagen dient te worden op relevante inzichten uit de sociale psychologie dan tot op heden pleegt te gebeuren. Hij illustreert zijn betoog met drie thema's, namelijk (i) tegenstrijdig belang van bestuurders (en de rol van de wetgever), (ii) vrijscheiding van ondernemende bestuurders (en de rol van de literatuur) en (iii) de keuze voor

een monistisch of dualistisch bestuursmodel (en de rol van de praktijk). Het belang van een opener verbinding van dat ondernemingsrecht met dit soort inzichten is dat deze een belangrijke sleutel voor zinvolle vernieuwing in het ondernemingsrecht bieden.

Engelen laat vervolgens vanuit een economische invalshoek en uitvoeriger zien hoe de *corporate governance*, het bestuursmodel van een onderneming, ingekleed zou kunnen worden: *one tier boards*, *two tier boards*, gediversifieerd (meer vrouwen aan boord) of juist niet? De samenstelling van de besluitvormende organen kan immers in verband worden gebracht met de *performance* van een bedrijf.

Na de niet aflatende politieke commotie over de (te hoge) beloningen van bestuurders en commissarissen kan een daarop toegespitste academische beschouwing, vanaf een afstand en vanuit de (politieke) economie, daarover ook nu niet ontbreken. Raaijmakers bekijkt het debat in het licht van *corporate governance* en wijst op enkele 'softe' factoren die het gedrag beïnvloeden. Het gedrag van bestuurders van een NV of BV als ze eenmaal, met een goed salaris, aan het werk gaan, komt aan bod in de bijdrage van Kroeze. Hij laat met behulp van inzichten uit de sociale psychologie zien dat bestuurders elkaar niet snel op een eventueel falen zullen aanspreken in verband met de relaties binnen het bestuur als een groep, de relatie van die groep tot de buitenwacht, alsmede de wijze van besluitvorming.

Als het mis gaat, als die bestuurders falen, komt in potentie niet alleen de externe, maar ook de interne aansprakelijkheid van die bestuurders aan de orde. Van de Bunt c.s. brengen daarom de redenen in kaart die meespelen in de beslissing om bestuurders al dan niet aansprakelijk te stellen. Inzicht in de beweegredenen van betrokkenen kan licht werpen op de werking van artikel 2:9 BW in de praktijk en op eventuele belemmeringen die aan het aansprakelijk stellen in de weg staan, en geeft een indruk van de wijze waarop de beoogde functies van interne bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk worden vervuld. Juist om dergelijk falen te voorkomen, krijgen veel ondernemingen, en zeker die in de financiële sector, op enig moment van doen met toezichthouders zoals de AFM en DNB. Loonen onderzoekt specifiek het steeds vaker voorkomende gebruik van 'leidraden' door die toezichthouders, de acceptatie daarvan door de sector en de juridische binding die deze leidraden bewerkstelligen.

Sprekend over toezicht komt tegenwoordig ook al snel het (falend) toezicht binnen organisaties die voorheen tot de publieke sector behoorden, ter sprake. Eshuis en Leeuw nemen die handschoen op en stellen de vraag in hoeverre de aannames achter het model voor intern toezicht op semipublieke organisaties eigenlijk kloppen en of het interne toezicht een adequate verdedigingslinie vormt tegen bestuurlijk falen. Zij constateren een aantal problemen die te maken hebben zowel met punten waarop semipublieke dienstverleners afwijken van structuurvennootschappen als met een gebrekkige 'vertaling' van het model van intern toezicht op structuurvennootschappen naar de semipublieke dienstverlening.

De *rechtspleging & conflictoplossing* staat ten eerste centraal in de bijdrage van Barendrecht. Hij biedt een overzicht van de stroom van gedragswetenschappelijk onderzoek dat laat zien welke vormen van procesinnovatie het kansrijkst kunnen zijn. Het gekozen perspectief is dat van een zo rechtvaardig mogelijke procedure (zowel procedureel als qua uitkomst) tegen zo laag mogelijke kosten. Het overzicht laat diverse kansrijke vernieuwingen zien en een groeiende mate van nuttige specialisatie. De kunst is echter om de wenselijke vormen van innovatie verder te stimuleren, en daartoe volgen enkele suggesties.

Enneking, Giesen en Rijnhout trachten te achterhalen welke cognitieve illusies specifiek bij de bewijswaardering in civiele zaken van belang zijn of zouden kunnen zijn, hoe het Nederlandse burgerlijke procesrecht daarmee omgaat, indien dat al gebeurt, en hoe dat eventueel anders of beter zou kunnen. Daarbij gaan zij in het bijzonder in op de *confirmation bias*, het *anchoring-effect* en het *primacy-effect* en aanverwanten, zoals het *recency-effect* en andere *order-effects*. Ook bezien zij of eventuele spanningen tussen de psychologische en de juridische inzichten wellicht oplosbaar zijn door psychologische bijsturing (*debiasing*) of door een verandering op juridisch vlak.

De besluitvorming in groepen van rechters (meervoudige kamers) wordt uitvoerig vanuit sociaalpsychologisch perspectief belicht door Ten Velden en De Wilde. In het algemeen wordt verondersteld dat een meervoudige kamer, in vergelijking met de enkelvoudige kamer, informatie op een betere en grondigere manier kan verwerken door de aanwezigheid van meer diversiteit van kennis en vaardigheden. Hierdoor zou de kans op afwijkingen van rationele besluitvorming en het optreden van foutieve cognitieve vertekeningen afnemen. In dit hoofdstuk staat deze veronderstelling centraal. De auteurs bespreken gedragswetenschappelijk onderzoek naar groepsbesluitvorming en factoren die succesvolle groepsbesluitvorming verhinderen dan wel bevorderen.

De overeenkomst tussen een cliënt en een advocaat valt uiteraard onder de in Boek 7 BW gereguleerde overeenkomst van opdracht, maar heeft toch vooral impact als het om de rechtspleging gaat. Visscher laat zien dat de verhouding tussen advocaat en cliënt geschetst wordt als een *principal-agent* verhouding, waarbij de belangen van beide actoren niet samenvallen. Hij bespreekt de inzichten uit de rechtseconomische, empirische, gedragseconomische en psychologische literatuur betreffende gedrag van advocaten en concludeert op basis daarvan dat Gedragsregel 5 (advocaten moeten zich alleen door het belang van de cliënt en niet door enig eigen belang laten leiden) enigszins naïef is.

In de bijdrage van Tuls komt de nieuwe Wet Deelgeschilprocedure aan bod. Voor de inwerkingtreding van de wet heeft zij onderzoek verricht naar de verwachtingen binnen de rechtspraktijk over de effecten en doelmatigheid van de deelgeschilprocedure. Uit dat onderzoek kwam toen naar voren dat de rechtspraktijk zich goeddeels kon vinden in de doelstellingen van de wetgever. Toch werden er ook zorgen geuit over de Wet Deelgeschilprocedure (zijn er wel voldoende gespecialiseerde rechters beschikbaar? Wordt er een uniform beleid gevoerd? Is de deelgeschilprocedure wel geschikt voor complexe en

omvangrijke geschilpunten?). Inmiddels, drie jaar later, wordt er veelvuldig gebruikgemaakt van de wet en kan voorzichtig worden nagegaan of de verwachtingen uit 2010 zijn uitgekomen en of de doelstellingen van de wetgever zijn behaald.

In het slothoofdstuk van dit boek trachten de redacteuren met name de vraag te beantwoorden waar en in hoeverre we nu een stap verder zijn gekomen. Duidelijk zal aldaar bijvoorbeeld worden dat een rode draad in dit boek gevonden kan worden in de oproep om (veel meer) tot *evidence-based policymaking* te komen, maar dat is voor later.

5 METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING

5.1 Algemeen

Wij hebben auteurs bereid en in staat gevonden om resultaten uit andere disciplines dan de juridische te betrekken bij hun analyse. Sterker, juist dat is het basisidee achter dit boek.

Om onze kennis te vergroten van de gedragspresumpties waar het privaatrecht zich van bedient, van de effecten die het privaatrecht heeft op het gedrag van individuen en organisaties en van de betekenis die deze presumpties en effecten hebben voor privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en -toepassing, kan men niet vertrouwen op de gangbare juridische methode. Wat die methode ook precies moge zijn, het is duidelijk dat men met juridische gereedschappen als tekstanalyse, systeembouw, hermeneutiek en een vleugje normatieve stellingname geen betrouwbare uitspraken kan doen over de juistheid van presumpties of de effecten van regels in de echte wereld.¹⁸

Dat gegeven heeft ertoe geleid dat vele auteurs zijn gaan ‘shoppen’ over de grenzen van hun eigen specialisme heen – of omdat ze geen jurist zijn of omdat ze vooral jurist en niet iets anders zijn – en vaak met verfrissende resultaten, denken wij. Er zijn verbindingen en dwarsverbanden gelegd tussen enerzijds voorspellingen over gedragingen en de effecten van gedragingen en anderzijds privaatrechtelijke leerstukken. Soms betreft het verbanden die evident lijken, maar nog niet expliciet gemaakt waren; soms betreft het uitkomsten die gewoonweg verrassend zijn.

In de diverse bijdragen wordt regelmatig verwezen naar bijvoorbeeld eerder (eigen) empirisch of economisch of psychologisch onderzoek, en enkelen hebben speciaal voor dit project nieuw empirisch onderzoek verricht.¹⁹ Veel bijdragen ‘leunen’ op empirisch onderzoek van anderen en dat brengt uiteraard risico’s met zich. Immers, de resultaten van veel psychologisch en economisch experimenteel onderzoek zijn gevonden in het

¹⁸ Nader, met verwijzingen, Van Boom 2013.

¹⁹ Zie m.n. de bijdragen van Adriaanse c.s. en Loonen.

‘laboratorium’, zodat externe validiteit van de verkregen resultaten niet vanzelfsprekend is. Ook de resultaten van buitenlands onderzoek naar de rechtswerkelijkheid zijn in zekere zin beperkt bruikbaar voor ons recht, wanneer de onderliggende structuren en instituties verschillen. Zo is onderzoek naar de gedragseffecten van Amerikaans aansprakelijkheidsrecht niet zonder meer bruikbaar in een Nederlandse context, bijvoorbeeld omdat in ons land *punitive damages*, *disclosure* en *jury* ontbreken.

Men dient dus op te passen voor het klakkeloos transponeren van gevonden resultaten, maar toch menen wij dat het bestuderen en gebruiken van dergelijke studies toegevoegde waarde heeft. Als een jurist over de grenzen heen wil kijken en gebruik wil maken van wat anderen eerder hebben bedacht, dan hoeft hij geen gediplomeerd econoom, psycholoog, bedrijfskundige, enzovoort te zijn om met gebruikmaking van de resultaten van anderen juridisch relevante conclusies te trekken.²⁰ Volgens ons is het dus niet noodzakelijk om zelf steeds helemaal ‘omgeschoold’ te worden, mits de jurist zijn grenzen in acht neemt én weet welke vragen hij zichzelf moet stellen bij het gebruik van andermans onderzoeksresultaten.²¹ In dat verband is natuurlijk wel nodig dat de jurist de beperkingen van andere disciplines onderkent. Idealiter zou de juridische studie meer aandacht schenken aan methoden van sociaalwetenschappelijk onderzoek.²²

Wij willen uiteindelijk bereiken dat de auteurs van de diverse bijdragen zo veel mogelijk bronnen van argumenten analyseren, zo veel mogelijk perspectieven belichten.²³ Deze benadering noemen we een *multidimensionale benadering*.²⁴ We weten ons bij deze keuze gesterkt door de gedachte dat de hier gekozen multidimensionale benadering niet nieuw is. Vergelijkbare benaderingen ten aanzien van juridisch onderzoek worden reeds gebruikt, ook in privaatrechtelijk Nederland.²⁵ Nog belangrijker is uiteraard dat deze benadering naar onze mening perspectief biedt op goede resultaten. Dat alles maakt dat we onvolledigheid van onze selectie en methodologische onvoldragenheid voor lief nemen. De multidimensionale benadering maakt dat civilologie nog geen ‘school’ in de traditionele zin is: bij een ‘school’ verwacht men gedeelde opvattingen over ontologie en epistemologie, en daar is het nog te vroeg voor. Als er iets is wat we delen, dan is het vooral het besef dat we over muren moeten kijken om een volledig beeld van het privaatrechtelijke landschap te verkrijgen. Het is tegen die achtergrond dat veel van het hiernavolgende overzicht begrepen moet worden: een staalkaart van (vooral) gevarieerde monodisciplinariteit die via multidimensionaliteit op enig moment wellicht tot interdisciplinariteit leiden zal.

20 Zie reeds Barendrecht 2000, p. 85.

21 Zie hierover Giesen 2005a, p. 18 e.v.

22 Dit pleidooi is niet origineel. Zie voor verwijzingen bijv. Van Boom 2013.

23 Zie over het voorgaande al Giesen 2005b, p. 13-16.

24 Wij ontleen deze term aan Van Boom 2003, p. 36, zoals nagevolgd door Giesen 2005a, p. 19. Vgl. Zondag 2004, m.n. p. 14 e.v.

25 Zie voor een historisch overzicht op dit punt Giesen 2011, Croes/Leeuw 2012 en Van Boom 2013.

5.2 Een kleine staalkaart

De gekozen en zojuist toegelichte multidimensionale benadering laat zich nader duiden door kort in te gaan op de wetenschapsgebieden die zich in de navolgende bijdragen laten zien. Het zal niet verbazen dat vooral gekeken wordt naar de grote stromingen in de menswetenschappen als economie, psychologie en sociologie, maar ook de varianten criminologie, politicologie, beleidswetenschappen en marketing zijn vertegenwoordigd.²⁶ Omdat de gekozen aanpak in feite weinig andere wetenschappen uitsluit, zolang deze maar dienstig zijn aan het doel van de civilologie, lichten wij er hierna een aantal wetenschappen uit door kort stil te staan bij het object, de methode en de beperkingen van die disciplines. Volledigheid is niet betracht, maar we denken zo wel de disciplines waar in dit boek op vertrouwd wordt, adequaat in beeld te brengen.

Economie

Economie bestudeert productie, consumptie en distributie van schaarse goederen. Ze kent een descriptief deel dat op basis van (een variant van) het rationele keuzemodel voorspellingen doet en toetst over menselijk marktgedrag en een normatief deel dat uitspraken doet over hoe markten ingericht dienen te worden om welvaart te vergroten. Hoewel geen van de bijdragen aan dit boek een rechttoe rechtaan economisch raamwerk hanteert, is economie toch een leverancier van krachtige onderliggende ideeën voor bijvoorbeeld de rechtseconomie. Het rationele keuzemodel is bijvoorbeeld niet alleen dominant in economische theorievorming, maar ziet men ook terug als al dan niet expliciete basis van beleid en regelgeving.²⁷ Dit denkkader, dat ook de basis vormt van de rechtseconomie, is tevens het dominante mensbeeld in ons vermogensrecht, dat gestoeld is op de door Verlichting en negentiende-eeuws liberalisme gevoede idee dat private actoren autonome beslissters zijn die verantwoordelijkheid dragen voor hun contracteerbeslissingen en schadelijke daden. Het model van de *homo economicus*, de mens die in meer of mindere mate nut tracht te maximaliseren door alle handelingsbeslissingen bewust te nemen bij wijze van afweging tussen heldere preferenties, gezochte en verkregen informatie over kosten en baten van handelingsalternatieven, staat vaak niet ver af van het mensmodel in ons vermogensrecht.

26 Daarnaast bespreken De Kogel c.s. en Verheij & Hiemstra de neurowetenschappen, een verzameling van methoden voor hersenonderzoek die momenteel toenemende invloed uitoefenen op menswetenschappen.

27 Verwante rationaliteitsconcepten uit de economie die veel worden gebruikt (en die men overigens ook tegenkomt in sociologie en politicologie) zijn bijvoorbeeld het nastreven van *private interests* door belangengroeperingen bij de totstandkoming van rechtsregels, opportunistisch *rent-seeking* bij dienstverleners, *tragedy of the commons* (uitputting van openlijk toegankelijke objecten), marktfalen bij *public goods* (goederen waarbij men niemand van het genot ervan kan uitsluiten), ‘rationale apathie’ bij het handhavend privaat optreden tegen bagatel schade, en zo verder.

Rechtseconomische inzichten zien we terug in de bijdragen van bijvoorbeeld Faure & Van Boom en Engelen. De subdiscipline van *behavioral finance* komt bovendien nog aan bod bij Raaijmakers.

Psychologie

In de hierna opgenomen bijdragen is veel gebruikgemaakt van resultaten uit de psychologie. De psychologie is de wetenschap die zich met name richt op bestudering van het menselijk gedrag, het menselijk waarnemen, leren, voelen en denken en de menselijke ontwikkeling gedurende de levenscyclus. Voor bestudering van privaatrechtelijke regels die betrekking hebben op hoe individuen denken, doen en zich gedragen, is bijvoorbeeld de cognitieve psychologie van belang. Deze deeldiscipline houdt zich bezig met de vraag hoe het brein is georganiseerd om de wereld te begrijpen, te redeneren over motieven en verbanden, en te beslissen welke handeling passend is. Naast cognitieve psychologie is sociale psychologie een relevante deeldiscipline. Daarin staat de mens als sociaal wezen centraal en de manier waarop individuen, groepen en culturen beïnvloed worden in hun denken, beslissen en handelen in sociale verbanden.

Psychologie biedt daarmee bouwstenen voor bestudering van het menselijke denken en doen in andere disciplines.²⁸ Begrijpen hoe een mens denkt en beslist, is bijvoorbeeld van belang om te weten hoe mensen in groepen functioneren, of economische beslissingen nemen, of hoe het komt dat mensen op bepaalde momenten op een bepaalde (juridisch relevante) manier handelen, nalaten of reageren. Zo kan men deelaspecten van aankoopbeslissingen van consumenten benaderen vanuit consumentenpsychologie – dat deels bestaat uit cognitieve en deels sociale psychologie. En consumentenpsychologie kan vervolgens weer deel uitmaken marketing, waarin zowel economische als psychologische disciplines samenkomen.

Waar denken en doen van individuen en groepen belangrijk is, zoals dat in het privaatrecht bij uitstek het geval is, kunnen uitkomsten van psychologisch onderzoek derhalve tot extra begrip en nieuwe vragen leiden.²⁹ Dat juristen in beginsel veel zouden kunnen leren van wat psychologen weten over het ‘kennen’, is onzes inziens dan ook evident. Dat vinden onze auteurs kennelijk ook, getuige het feit dat in heel veel bijdragen in ruime mate geput wordt uit psychologische inzichten.

Voor sommige juristen is de aantrekkingskracht van psychologie groter dan bijvoorbeeld die van de rechtseconomie, omdat het experimentele werk van psychologen soms patho-

28 Zie voor een algemeen antwoord op die vraag bijv. Sunstein 1997 en Sunstein 2002. Het teruggrijpen op resultaten van psychologisch onderzoek kan o.a. vruchtbaar zijn voor het procesrecht, zoals nog zal blijken in de bijdrage van Enneking c.s. (doch zie bijv. ook Rachlinski 2001, die ingaat op de manier waarop rechters omgaan met cognitieve illusies, en Korobkin 2005. Korobkin laat zien dat diverse psychologische *biases* in de weg kunnen staan aan een succesvolle bemiddeling in een geschil).

29 Vgl. Rachlinski 1999-2000, op p. 765 en p. 766 ('Psychology and law (...) both constitute efforts to predict and control human behavior.').

logische uitkomsten laat zien die deze juristen meer aanspreken dan de nutsmaximaliseerder die rechtseconomen voorspiegelen. Daar vallen twee kanttekeningen bij te maken. Allereerst is kenmerkend voor economie dat deze pogingen doet tot overkoepelende theorievorming over doen en denken van mensen en organisaties en zodoende komt tot sterk gestileerde mensmodellen.³⁰ De plaats van theorievorming in de psychologie is minder omvattend, meer contextueel van aard en kan daardoor de mens met al zijn menselijk tekortkomingen laten zien. Dat heeft voor verrijking en nuancering van het rationele keuzemodel gezorgd in de stroming van *behavioral economics*.³¹ Die stroming introduceerde met behulp van psychologie het mensmodel van de *homo heuristicus*: de mens die niet altijd weloverwogen denkt, die denkfouten maakt en die zich om de tuin laat leiden door heuristieken en vooringenomenheden (*heuristics and biases*).³² In de tweede plaats zijn er verschillen in epistemologie. Sommige economen staan zich voor op hun streven naar voorspelling van menselijk gedrag op geaggregeerd niveau in de echte wereld met behulp van economische data, terwijl zij de zware nadruk op experimenteel onderzoek van psychologen afdoen als onbruikbare laboratoriumresultaten. Dit gekissebis is terug te voeren op fundamentele verschillen van inzicht in wat nu precies betrouwbare kennis oplevert.³³

Misschien vinden juridische onderzoekers de nuanceringen op het economisch mensmodel juist daarom wel zo aantrekkelijk, omdat in die nuance de mens met al zijn onvolkomenheden wordt getoond. Het sluit waarschijnlijk ook goed aan bij de neiging van juristen om complexiteit te omarmen in plaats van – zoals bij economen – te deconstrueren. Om als econoom precieze uitspraken te kunnen doen, moet men de werkelijkheid modelleren – terugbrengen tot eenvoud, met gebruikmaking van assumpties – terwijl juristen misschien liever dichterbij de ingewikkelde rechtswerkelijkheid blijven. Zo bezien scoren juristen dus slecht op het beginsel van wetenschappelijke zuinigheid (*parsimoniousness*).³⁴

30 Een stap weg van de eenheidsworst van de rationale keuzeactor zien we bijv. in kruispuntwetenschappen als marketing, waar bestudering van consumentengedrag tot verdere onderverdelingen leidt (zoals de onderverdeling van rationale-keuzeactoren in diegenen met een grote behoefte aan begrip en diegenen met een kleine behoefte (*need for cognition*)). Zie bijv. de bijdrage van Duivenvoorde.

31 Over die ontwikkeling bijv. Korobkin & Ulen 2000, p. 1051 e.v.; Parisi & Smith 2005; Schwartz 2004; Thaler & Sunstein 2008. Vgl. ook Camerer e.a. 2003; De Cremer e.a. 2006; 't Hart & Du Perron 2006. Indirect ook van belang zijn Thaler 1993 en Thaler 2005.

32 Vgl. bijv. Schwartz 2004; Guthrie 2006, p. 425 e.v., en de bijdragen van Van Raaij, Enneking c.s., Klein Haahrhuis & Niemeijer aan dit boek. Zie ook nader Van Boom, Giesen & Verheij 2008, p. 24 e.v.

33 Tiemeijer 2011, p. 92 e.v.

34 In veel sociaalwetenschappelijke methodologie wordt het beginsel van zuinigheid nagestreefd om zo precies mogelijke resultaten te bereiken die zo veel mogelijk beschrijving, verklaring of voorspelling genereren met zo weinig mogelijk dataverzameling en -analyse. Onze multidimensionale benadering is allesbehalve zuinig. Zolang geen interdisciplinaire methodologie van civilologie bestaat – en die fase hebben we nog niet bereikt – moet dat voor lief worden genomen.

Sociologie

Sociologie houdt zich bezig met de menselijke samenleving en stelt vragen als: hoe functioneert en wat verklaart de inrichting van de maatschappij en de instituties daarbinnen, wat bepaalt vertrouwen in anderen, hoe vindt maatschappelijke verandering plaats en hoe beïnvloedt die het zelfbeeld van groepen en individuen. Binnen de sociologie bestaan verschillende scholen en onderafdelingen. In zekere zin kan criminologie in bepaalde opzichten als onderafdeling van sociologisch onderzoek worden gezien.³⁵ Ook de *rechtssociologie* is uiteraard onderdeel van de multidimensionale benadering. Waar de sociologie de studie is van de menselijke samenleving en van menselijk samenleven, ofwel sociaal handelen (het gedrag van mensen in groepsverband), ziet de *rechtssociologie* vooral op juridisch handelen (handelen voor zover dit is geordend door rechtsnormen en de handhaving daarvan) als het om dat sociaal handelen gaat. Daarbij gaat men uit van een empirisch rechtsbegrip dat ruimer is dan het rechtspositivistische begrip van het positieve recht op een bepaald moment. Het omvat vele vormen van regulering van handelingen.³⁶ Men stelt daarbij twee vragen, namelijk wat is de invloed van recht op menselijk gedrag en hoe komt recht in de samenleving tot stand?³⁷ Dat ook deze vorm van onderzoek naar handelingen (gedrag) van personen relevant is voor het door ons gestelde doel, moge daarmee helder zijn. Het zijn de bijdragen van Klein Haarhuis & Niemeijer, Van Erp, en Lindenberg & Mascini die hier bijvoorbeeld kunnen worden genoemd. We merken op dat in de sociologie, anders dan bij psychologie, niet de experimentele empirie dominant is, maar dat juist een rijkere verscheidenheid van sociaalwetenschappelijke methoden gehanteerd wordt.

Overig

Er zijn in dit boek ook verwijzingen te vinden naar kruispuntdisciplines als marketing en beleidswetenschappen. Ook bedrijfs- en organisatiekundige inzichten komen soms aan de orde. Waar marketing een kruispunt is van onder meer economie en psychologie, zijn de beleidswetenschappen een kruising van economie, sociologie, bestuurskunde en politologie.

Organisatiekunde is een wetenschap die zich beweegt op het raakvlak van psychologie, sociologie en economie. Ze kan van belang zijn om te analyseren hoe privaatrechtelijke regelstelling al dan niet effect sorteert in organisaties. De bijdragen van Bacharias c.s., van Kroeze en van Raaijmakers gaan voorzichtig in deze richting waar zij de interactie tussen organisaties en regels verkennen.³⁸ Ook kan worden gewezen op de bijdrage van Adriaanse c.s., die uitdrukkelijk aandacht schenken aan de attitude van ondernemers in het licht van de contractuele positie van de (sterkere) wederpartij.

³⁵ Over methode in de criminologie bijv. Bijleveld 2006.

³⁶ Over het voorgaande Griffiths 2005, p. 14-15. Zie ook nog Huls 2007.

³⁷ Huls 2004, p. 9.

³⁸ Ook kan hier zijdelings de bijdrage van Van Erp worden genoemd.

Hiermee zijn de belangrijkste bronnen van multidimensionaliteit genoemd. Her en der zijn echter ook nog gegevens en argumenten uit weer andere wetenschappen benut. Wij denken in het bijzonder nog aan de ‘innovatiewetenschap’ die in de bijdrage van Barendrecht figureert. Dat past prima binnen de voor dit boek gekozen methodiek, omdat daardoor het palet van af te wegen argumenten alleen maar breder wordt. Uiteraard mag bij al het voorgaande niet vergeten worden dat de hier gepresenteerde takken van sociaal-wetenschappelijk onderzoek elkaar ook onderling beïnvloeden en in elkaar overlopen. De bijdragen van bijvoorbeeld Croes en Klein Haarhuis & Niemeijer laten dat zien.

6 AFSLUITENDE OPMERKING

In het voorgaande is toegelicht waarover deze bundel gaat, waarom wij meenden dat dit boek opnieuw en herbewerkt zou moeten verschijnen, hoe het past bij eerder onderzoek en waarom gekozen is voor de aanpak en methode zoals die gekozen is. We hebben daarbij uiteraard keuzes moeten maken. Keuzes brengen beperkingen met zich, ook waar we die niet per se hadden willen aanbrengen. Wij zien dit boek ook nu weer niet als een afgesloten project, maar mede en vooral als een open uitnodiging voor verdere gedachtevorming over dit specifieke thema en over (de problemen en geneugten van) het overschrijden van de grenzen tussen het juridische veld en andere wetenschappen. Het is daar waar de civilologie haar werkterrein heeft. Eenieder die daaraan een bijdrage wil leveren of die andere suggesties of opmerkingen heeft, wordt uitgenodigd daarvan melding te maken (I.Giesen@uu.nl).

LITERATUUR

Barendrecht 2000

J.M. Barendrecht, ‘De geest van de hoogleraar van toen’, *NJB* 2000, p. 79-86.

Bijleveld 2006

C. Bijleveld, *Methoden en Technieken van Onderzoek in de Criminologie*, Den Haag: BJu 2006.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2003.

Van Boom 2004

W.H. van Boom e.a. (red.), *Pure Economic Loss*, Vienna/New York: Springer 2004.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, 'Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?', in: *Festschrift till Bill W. Dufwa – Essays on Tort, Insurance Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa, Volume I*, Stockholm: Jure 2006, p. 287-293.

Van Boom 2013

W.H. van Boom, 'Empirisch Privaatrecht – Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht* (TPR) 2013, te verschijnen.

Van Boom, Giesen & Smit 2012

W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit, 'Inleiding', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Civilologie Serie, Vol. 3, Den Haag: BJu 2012, p. 1-5.

Van Boom, Giesen & Smit (red.) 2012

W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Civilologie Serie, Vol. 3, Den Haag: BJu 2012.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, 'Gedrag en Privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 19-48.

Camerer e.a. 2003

C.F. Camerer, G. Loewenstein & M. Rabin, *Advances in behavioral economics*, New York: Russell Sage Foundation/Princeton University Press 2003.

De Cremer e.a. 2006

D. de Cremer, M. Zeelenberg & J.K. Murnighan, *Social psychology and economics*, Mahwah, N.J.: Lawrence Erlbaum 2006.

Croes & Leeuw 2012

M.T. Croes & F. Leeuw, 'De logos van het civiele', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Civilologie Serie, Vol. 3, Den Haag: BJu 2012, p. 7-31.

Genn e.a. 2006

H. Genn, M. Partington & S. Wheeler, *Law in the Real World: Improving Our Understanding of How Law Works (The Nuffield Inquiry on Empirical Legal Research; Final Report and Recommendations)*, London 2006.

Giesen 2005a

I. Giesen, *Handle with care!*, Den Haag: BJu 2005.

Giesen 2005b

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2011

I. Giesen, 'Recht en ... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben', *WPNR* 6912 (2011), p. 1065-1074.

Griffiths 2005

J. Griffiths, 'Wat is rechtssociologie?', in: J. Griffiths & H. Weyers, *De Sociale Werking van Recht*, 4de druk, Nijmegen: AAL 2005, p. 13-33.

Guthrie 2006

C. Guthrie, 'Law, Information, and Choice', in: G. Gigerenzer & C. Engel (ed.), *Heuristics and the Law*, Cambridge Mass.: MIT Press 2006, p. 425-437.

't Hart & Du Perron 2006

F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument – Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, Preadvies Vereniging voor Effectenrecht 2006, Deventer: Kluwer 2006.

Hartlief 2012

T. Hartlief, 'De civilist en de civilologie', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Civilologie Serie, Vol. 3, Den Haag: BJu 2012, p. 33-52.

Huls 2004

N.J.H. Huls, *God dobbelt niet* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2004.

Huls 2007

N.J.H. Huls, 'Regels en legitimiteit: bedoelde en onbedoelde effecten van regelgeving', *AA* 2007, p. 862-868.

Korobkin 2006

R. Korobkin, 'Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice', UCLA School of Law, Research paper no. 05-9, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 21, p. 281-238, 2006.

Korobkin & Ulen 2000

R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1051-1144.

Pape 2012

S.B. Pape, *Warnings and Product Liability – Lessons Learned from Cognitive Psychology and Ergonomics* (diss. Rotterdam), Den Haag: Eleven 2012.

Parisi & Smith 2005

F. Parisi & V.L. Smith, *The Law and Economics of Irrational Behavior*, Stanford: Stanford University Press 2005.

Rachlinski 1999-2000

J.J. Rachlinski, 'The "New" Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics and Cautious Supporters', 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000).

Rachlinski 2001

J.J. Rachlinski, 'Heuristics and biases in the courts: ignorance or adaptation?', 79 *Or. L. Rev.* 61 (2001).

Schwartz 2004

B. Schwartz, *The paradox of choice: why more is less*, New York: Ecco 2004.

Sunstein 1997

C.R. Sunstein, 'Behavioral Analysis of Law', 64 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1997).

Sunstein 2002

C.R. Sunstein, *Hazardous Heuristics*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 165 (2nd Series), 2002, http://ssrn.com/abstract_id=344620.

Thaler 1993

R.H. Thaler, *Advances in behavioral finance*, New York: Russell Sage Foundation 1993.

Thaler 2005

R.H. Thaler, *Advances in behavioral finance Vol. II*, New York: Russell Sage Foundation 2005.

Thaler & Sunstein 2008

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge*, London: Penguin Books 2008.

Tiemeijer 2011

W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken: de psychologie van het beslissen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ****, Deventer: Kluwer 2005.

Zondag 2004

W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht*, Den Haag: BJu 2004.

DEEL A

ALGEMEEN

2 HET BEELD VAN DE CONSUMENT IN HET PRIVAATRECHT EMPIRISCH GETOETST

W.F. van Raaij

SAMENVATTING

Het is belangrijk om bij het ontwerpen en toepassen van privaatrecht een realistisch (op onderzoek gebaseerd) beeld te hebben van de consument en andere economische actoren. Uit empirisch onderzoek blijken de volgende conclusies te kunnen worden getrokken: consumenten verwerken niet alle beschikbare informatie bij hun koopbeslissingen. Ze gebruiken vereenvoudigde beslissingsregels (heuristieken) om tot een besluit te komen. Meer informatie en meer tijd voor een beslissing blijken niet altijd tot betere uitkomsten te leiden. Bovendien zijn consumenten achteraf niet tevredener over hun keuze uit een groot aanbod van alternatieven dan uit een klein aanbod. Veel beleidsmaatregelen en wetten leiden hierdoor niet tot het beoogde doel. Kennis van de opvattingen en het gedrag van consumenten kan leiden tot realistischer aannamen en voorspellingen over de effecten van wetgeving en beleid op het gedrag van burgers en consumenten.

1 INLEIDING

Het privaatrecht is een normatieve praktijk en wetenschap, waarbij rechtsregels ontworpen worden om het gedrag van burgers en economische actoren zoals consumenten, werknemers, werkgevers, ondernemers, beleggers en belastingbetalers, in goede banen te leiden, althans om gedrag dat niet aan de norm beantwoordt, te ontmoedigen. Het privaatrecht is geen empirische wetenschap waarin het feitelijke gedrag van burgers en economische actoren wordt bestudeerd. Toch zou in het privaatrecht rekening gehouden moeten worden met het feitelijke gedrag van de burger, consument, werknemer, werkgever, ondernemer, belegger en belastingbetaler. Als met rechtsregels geprobeerd wordt gedrag te reguleren, is kennis van het feitelijke gedrag en haar determinanten (kennis, houding, motivatie, situatie) gewenst.

Tijdens een conferentie enkele jaren geleden sprak ik met een jurist die betrokken was bij een rechtszaak over merkverwarring waarvoor ik een onderzoek had gedaan. Uit het onderzoek bleek dat consumenten in de winkel inderdaad in verwarring gebracht werden door de gelijkenis van de verpakkingen van beide merken. Maar de jurist wimpelde dit

weg met de opmerking dat de rechter had bepaald dat er geen merkverwarring was opgetreden. Het oordeel van de rechter was voor hem belangrijker dan de resultaten van het empirisch onderzoek. De normatieve uitspraak domineerde de empirische feiten.

In de economie wordt al decennialang uitgegaan van rationeel gedrag van consumenten, ondernemers en andere economische actoren, uitgaande van nutsmaximalisatie en stabiele preferenties. Economische actoren zouden dus stabiele voorkeuren hebben (bijvoorbeeld altijd kalfsvlees prefereren boven varkensvlees) en in alle situaties hun nut proberen te maximaliseren (ook als de informatie onvolledig of onduidelijk is of als er onzekerheid bestaat over de uitkomsten). De laatste decennia is er meer besef ontstaan bij economen dat deze normatieve uitgangspunten niet realistisch zijn en kunnen leiden tot foute aannamen en conclusies. Gedragseconomie (*behavioral economics*) waarbij empirisch onderzoek naar het werkelijke gedrag van economische actoren centraal staat, is nu een geaccepteerd onderdeel van de economie geworden. Staat ook bij het privaatrecht een dergelijke paradigmaverandering voor de deur in de richting van *behavioral law*? Gaat ook bij het privaatrecht empirisch onderzoek naar het feitelijke gedrag van burgers en economische actoren het uitgangspunt worden?¹ Voor rechtspsychologie en -sociologie is dit al het uitgangspunt.

Er is een onderscheid te maken tussen de burger en economische actoren zoals de consument. Mensen in de rol van burger zijn vooral bezorgd over de samenleving als geheel: de veiligheid, het milieu en de democratie. Mensen in de rol van consument zijn vooral bezig met hun eigen welvaart en financiën. Deze beide rollen kunnen uit elkaar lopen. Als burger ben je bezorgd over de CO₂-uitstoot, terwijl je als consument met de auto reist vanwege gemak en snelheid. Soms zijn mensen in de rol van consument toch bezig met 'burgerzaken', bijvoorbeeld als ze *fair trade*-producten kopen, zoals Max Haveelaar-koffie. Consumptie kan dus ook een middel zijn om maatschappelijke doelen te bereiken.

In dit hoofdstuk geef ik een beschrijving van onderzoek naar het gedrag en de determinanten van het gedrag van consumenten. Kennis van consumentengedrag kan ertoe leiden dat juristen uitgaan van realistische aannamen van de kennis, de betrokkenheid en het gedrag van consumenten, en mogelijk ook van de gewenste en ongewenste gevolgen van wetgeving en beleid. Dit realistische beeld is gebaseerd op empirisch onderzoek naar de opvattingen en het gedrag van consumenten. De effecten van beleid en wetgeving gebaseerd op deze realistische aannamen zijn waarschijnlijk sterker en meer in de gewenste richting dan de effecten die we nu zien.

1 Jolls et al. 2000, p. 13-16.

2 CONSUMENT EN PRIVAATRECHT

In het BW bestaat geen uniform beeld van de burger en consument. Enerzijds wordt de burger geacht de wet te kennen, anderzijds wordt de burger/consument gezien als een zwakke partij die beschermd moet worden in het handelsverkeer.² Dat de burger de wet zou moeten kennen, lijkt me vooral een ‘disclaimer’ om aansprakelijkheid te voorkomen omdat de inhoud van de wetten niet goed zou zijn bekendgemaakt. Een empirisch onderzoek onder burgers zal ongetwijfeld aantonen dat de meeste burgers de wetten niet volledig of zelfs in het geheel niet kennen. Uit een dergelijk onderzoek zal waarschijnlijk naar voren komen dat er grote individuele verschillen zijn in de mate van wetskennis, samenhangend met opleiding, intelligentie en interesse van de respondent. Het zou kunnen zijn dat wetskennis groter is bij potentiële overtreders die op zoek zijn wat wel en niet mag, dan bij deugdzame burgers met normen en waarden die onwettig gedrag tegengaan.

Ondanks geringe wetskennis weten burgers en consumenten door normbesef, persoonlijke ervaring en communicatie met anderen wat wettelijk is verboden. Wetten zijn in veel gevallen nadere specificaties van algemene ethische normen en regels. De meeste consumenten begrijpen dat contracten er zijn om nageleefd te worden. Een consument die een huis voor eigen bewoning heeft gekocht, kan binnen drie dagen de koop ontbinden zonder opgaaf van redenen.³ Als er een ‘afkoelingsperiode’ wordt ingesteld bij de aankoop van een eigen woning om het consumenten mogelijk te maken het contract zonder opgaaf van redenen op te zeggen, kan een dergelijke rechtsregel het rechtsbesef verzwakken dat bij velen bestaat. Anderzijds zullen consumenten dit een redelijke regeling vinden, omdat consumenten op deze wijze worden behoed voor de gevolgen van een impulsieve beslissing. Overigens kan alleen met empirisch onderzoek worden vastgesteld welke meningen hierover bij consumenten bestaan en in welke mate gebruik wordt gemaakt van de opzeggingsmogelijkheid.

Geanticiperde spijt is een belangrijke reden om een keuze uit of af te stellen. De mogelijkheid om een contract zonder opgaaf van redenen op te zeggen (afkoelingsperiode) kan een aankoop in een onzekere situatie versnellen, doordat consumenten bij eventuele spijt binnen drie dagen de opzeggingsmogelijkheid kunnen benutten. In de marketing bestaan ook dergelijke opties (‘niet-goed, geld- terug’, inruilgarantie) om consumenten over de streep te trekken. Het is vooral een psychologisch mechanisme om de knoop door te hakken. Consumenten die een aankoop hebben gedaan, maken in de praktijk weinig gebruik van de inruil- en geld-terug-garanties. Online winkels zoals Wehkamp krijgen minder dan 10% van de aankopen retour; bij traditionele winkels ligt dit percentage nog lager.

² Zie bijvoorbeeld art. 6:231 BW e.v. en de regeling van de consumentenkoop in Boek 7 BW.

³ Art. 7:2 lid 2 BW.

Er bestaat een wisselwerking tussen het gedrag van consumenten en de rechtsregels en -procedures. Hoe beïnvloedt het gedrag van consumenten de rechtsregels? Wetgevers en beleidsmakers hebben een bepaald beeld van de ‘typische consument’ of juist van de ‘atypische consument’ in gedachten als ze rechtsregels opstellen of aanpassen. Een beeld van de consument als een ‘slachtoffer’ van handelspraktijken levert totaal andere rechtsregels op dan een beeld van de consument als een ‘slimme misbruiker’ van mogelijkheden. In het eerste geval zijn de regels er vooral op gericht de consument te beschermen. In het tweede geval zijn de regels er vooral op gericht de leverancier of de maatschappij te beschermen.

Een voorbeeld van het laatste is misbruik van de ‘niet-goed, geld-terug’-garantie. Consumenten kopen kleding voor een speciale gelegenheid. Deze kleding dragen ze bij die gelegenheid en daarna retourneren ze de kleding aan de leverancier onder de ‘niet-goed, geld-terug’-garantie met als reden dat de kleding niet goed zou passen of niet goed zou staan. Dit staat bekend als *wardrobing*. Het is een oneigenlijk gebruik van de garantie-regeling. Als dit oneigenlijke gebruik veel voorkomt, zal de garantieregeling moeten worden aangepast of zelfs worden opgeschort. Het gedrag van consumenten leidt dan tot aanpassing van de rechtsregels.

Rechtsregels kunnen ook tot doel hebben consumenten tegen zichzelf te beschermen. Lezen consumenten de gebruiksaanwijzing voordat ze een product gaan gebruiken? De ervaring van aanbieders is inderdaad dat er veel consumenten zijn die het product met *trial and error* beginnen te gebruiken en pas de gebruiksaanwijzing gaan lezen als ze er met ‘proberen’ niet uitkomen. De oplossing is dan het product zo te ontwerpen dat er niets mis kan gaan, ook al hebben consumenten de gebruiksaanwijzing niet gelezen.

Lezen consumenten de algemene voorwaarden voordat ze een transactie aangaan? Consumenten die een vliegreis op internet boeken, moeten aanvinken dat ze akkoord gaan met de algemene voorwaarden. De meeste consumenten willen snel de vliegreis reserveren, zeker als nog maar enkele stoelen beschikbaar zijn, en lezen dan de voorwaarden niet of onvolledig. Ook bij het downloaden van software moeten gebruikers aanvinken dat ze akkoord gaan met de voorwaarden. De oplossing is de dienst zo aan te bieden dat er geen ‘adders onder het gras’ verborgen zijn die de consument benadelen, ook al hebben ze de voorwaarden niet gelezen.

Hoe beïnvloeden de rechtsregels het gedrag van consumenten? Rechtsregels zijn erop gericht gewenste gedragingen van consumenten te bevorderen en ongewenste gedragingen tegen te gaan door sancties op ongewenst gedrag. Wat gewenst of ongewenst is, is een normatieve of politieke beslissing. Vanuit de psychologie zou het aan te bevelen zijn geen sancties op ongewenst gedrag te stellen, maar beloningen voor gewenst gedrag in te stellen. Belonen is beter dan bestraffen om kinderen op te voeden en het gewenste gedrag te

bevorderen.⁴ In de praktijk zien we echter dat wetgevers en politici ervan uitgaan dat gewenst gedrag de standaard (*default*) is en dat ongewenst gedrag de uitzondering is die gereguleerd en bestraft moet worden.

Een variant van ‘slim misbruik’ is strategisch gedrag. Dit wil zeggen dat burgers, consumenten en andere economische actoren binnen het geheel van rechtsregels *loopholes*, interpretatie en *stretching* van regels zoeken om hun maatschappelijk ongewenst gedrag te kunnen voortzetten. Belastingontwijking is hiervan een voorbeeld. Regels worden dan formeel niet overtreden, maar leiden tot maximalisatie binnen de regels en/of tot verschuivingen naar andere domeinen. Als er strenge regels zijn voor statiegeld en recycling van glas- en blikverpakking, zullen fabrikanten uitwijken naar plastic verpakkingen waarvoor geen of minder strikte regels gelden.

3 DE RATIONELE CONSUMENT

De rationele markthypothese⁵ stelt dat in marktcondities en marktprijzen alle informatie is verwerkt en dat geen enkele marktpartij gebruik kan maken van de onvolledige kennis van economische actoren, of van te hoge of te lage prijzen. Mocht dit toch voorkomen, dan corrigeert de markt zichzelf en passen prijzen en informatieachterstand zich snel aan. De rationele consument is een persoon die volledig geïnformeerd is over de keuzealternatieven en deze informatie optimaal gebruikt om het alternatief te kiezen met het hoogste nut. Het lijkt een persiflage, want er zijn omstandigheden te onderscheiden waar nutsmaximalisatie onmogelijk is, zoals de huizenmarkt. Een potentiële koper kan zijn nut niet maximaliseren, omdat het aanbod van woningen voortdurend verandert. De keuze van vandaag kan morgen al onjuist blijken te zijn doordat er een beter huis op de markt komt. De potentiële koper die zijn keuze uitstelt, kan een aantrekkelijk huis mislopen dat intussen aan een ander wordt verkocht. In een voortdurend veranderende markt is nutsmaximalisatie onmogelijk en is *satisficing* gedrag⁶ het best mogelijke. *Satisficing* betekent ‘voldoend aan bepaalde eisen’. Dit wil zeggen dat een potentiële koper voor zichzelf bepaalt aan welke eisen een woning moet voldoen (prijs, locatie, aantal kamers, afstand tot winkelcentrum, scholen en werk) en het eerste huis kiest dat aan deze eisen voldoet. Een ander voorbeeld van de onmogelijkheid van nutsmaximalisatie is de aandelenmarkt, waar beleggers niet weten hoe de koers van elk aandeel zich zal ontwikkelen. De keuze van een

4 Een beloning is effectiever dan een straf in de opvoeding. Bij een beloning weet een kind wat het gewenste gedrag is. Bij een straf weet een kind alleen wat het ongewenste gedrag is. Een beloning wijst duidelijk in de goede richting; een straf niet.

5 Frama & French 1993.

6 Simon 1955.

aandeel of een portefeuille van aandelen blijft een keuze met een grote mate van onzekerheid.⁷

De rationele consument is in de meeste situaties een economische fictie, maar kan een criterium (*benchmark*) zijn om het werkelijke gedrag van consumenten aan te toetsen. De burger die de wet kent, is evenzo een juridische fictie, maar kan ook een criterium zijn om de feitelijke wetskennis van burgers aan te toetsen.

4 DE ZWAKKE CONSUMENT

In veel markttransacties is de consument de zwakke partij, doordat consumenten minder informatie hebben over producten en diensten dan leveranciers en ook minder goed op de hoogte zijn van de contractuele verplichtingen die ze aangaan. Consumenten kopen misschien maar één of twee keer in hun leven een huis en een hypotheek en kunnen zo minder ervaring opdoen dan een professionele projectontwikkelaar of makelaar. Tjittes⁸ beschrijft de 'hoedanigheid van de partijen' in termen van hun maatschappelijke positie en hun individuele eigenschappen, macht en deskundigheid. Tjittes onderscheidt particulieren, ondernemers, overheden en verwanten (familierecht). Hij verzet zich tegen de term 'consument', omdat daar te veel op verbruikers wordt gedoeld. De hoedanigheid van de partijen geeft kleur aan de normen van het contractenrecht. Een bank is ten opzichte van een niet in de optiehandel ingevoerde klant tot een grotere zorg verplicht dan ten opzichte van iemand die deskundig is op dit terrein.⁹ Een professionele borg moet op meer risico's bedacht zijn dan een particuliere borg die dit uit vriendendienst doet. Het gevaar van Tjittes' benadering is dat elk geval uniek wordt 'in zijn hoedanigheid' en dat de rechtsgelijkheid van personen gevaar loopt. Maar als zich duidelijke patronen aftekenen in de casuïstiek, kunnen compensatie en tegemoetkoming van de zwakke partij op hun plaats zijn.

Bij informatieachterstand van een marktpartij functioneert de markt ook minder goed. Het overheidsbeleid is er dan op gericht de informatieachterstand van consumenten te verminderen of op te heffen. Leveranciers krijgen allerlei informatieplichten op grond waarvan verkopers van goederen en diensten consumenten dienen in te lichten. Het zou kunnen betekenen dat consumenten minder aangespoord worden om zelf goede informatie te verzamelen om een goede beslissing te kunnen nemen.¹⁰

7 Bij keuze in een situatie van onzekerheid kunnen consumenten waarschijnlijkheden in hun nutsfunctie en keuze opnemen. Hiermee kan toch de best mogelijke keuze worden bereikt.

8 Tjittes 1994.

9 Deze zorgplicht is geregeld in de Wet op het financieel toezicht (Wft).

10 't Hart & Du Perron 2006; Van Boom et al. 2007.

In 2006 heeft het ministerie van Financiën het initiatief genomen voor het Platform Wijzer-in-geldzaken, een samenwerking van overheid, bedrijfsleven (banken, verzekeraars en pensioenfondsen) en consumentenvoorlichting (Consumentenbond, Nibud). De doelstelling van Wijzer-in-geldzaken is het versterken van de consument als marktpartij door goed geïnformeerde en opgeleide consumenten, die geïnteresseerd zijn in en zelfvertrouwen hebben bij het nemen van financiële beslissingen, waardoor zij een actieve rol innemen op de financiële markten en komen tot weloverwogen financiële beslissingen.¹¹ Door voorlichtingscampagnes en door lespakketten in het reguliere onderwijs hoopt Wijzer-in-geldzaken haar doelstelling te bereiken.

De algemene gedachte achter deze bescherming van consumenten is dat de zwakke deelnemers aan het handelsverkeer versterkt dienen te worden door hun informatieachterstand weg te nemen en ook beschermd dienen te worden tegen de professionele marktpartijen. In de Verenigde Staten is deze politieke keuze overigens anders uitgevallen. Daar wordt van consumenten een proactievare houding verwacht: consumenten dienen zich goed te informeren, door te vragen, zelf onderzoek te doen of te laten doen. Laten consumenten dit na, dan is een miskoop hun eigen schuld en kunnen ze de schade niet verhalen op de verkoper.

De Nederlandse overheid, wetgevers en beleidsmakers zijn gericht op het evenwichtiger maken van de balans door de consument te beschermen en zijn positie te versterken. Een voorbeeld is de omgekeerde bewijslast bij productaansprakelijkheid, zodat niet de consument behoeft aan te tonen dat een product in gebreke blijft of informatie onvoldoende is, maar de leverancier moet aantonen dat dit niet het geval is. Een ander voorbeeld is de 'afkoelingsperiode' waarin een aankoop ongedaan gemaakt kan worden, bijvoorbeeld bij een belangrijke aankoop zoals een eigen woning. Een afkoelingsperiode heeft vooral zin als het gaat om infrequent genomen belangrijke beslissingen, zoals de aankoop van een huis, een aanvraag tot echtscheiding en wellicht ook een huwelijk. Dit zijn beslissingen waarvoor de consument geen ervaring kan opbouwen. Bovendien zijn het vaak beslissingen waarbij emoties spelen en impulsiviteit ongewenst is.

Een andere manier om de zwakke consument te beschermen staat bekend als het 'libertair paternalisme'.¹² In deze benadering wordt een bepaald keuzealternatief aan consumenten zodanig (als standaard of als gunstigste alternatief) gepresenteerd dat de meeste consumenten dit alternatief zullen kiezen, hoewel consumenten vrij zijn om een ander alternatief te kiezen. In Nederland is bijvoorbeeld voor orgaandonatie een inschrijving (opt-in) vereist: potentiële orgaandonoren moeten zelf het initiatief nemen om door registratie aan te geven dat zij hun organen na hun dood aan anderen ter beschikking stellen. In België geldt een uitschrijvingsregeling (opt-out): alle Belgen worden geacht na

¹¹ Website van Wijzer-in-geldzaken: www.wijzeringeldzaken.nl.

¹² Sunstein & Thaler 2003.

hun dood hun organen ter beschikking te stellen aan anderen, tenzij ze zich uitschrijven. Hierdoor is in België het aantal orgaandonoren groter dan in Nederland. Maar wellicht zijn de Belgische orgaandonoren en hun nabestaanden minder gemotiveerd, omdat ze geen bewuste beslissing hebben genomen donor te worden, maar alleen hebben nagelaten zich uit te schrijven.

Een ander voorbeeld: in Nederland worden abonnementen op kranten en tijdschriften automatisch verlengd, tenzij een abonnee tijdig kenbaar maakt het abonnement niet te willen verlengen. In de Verenigde Staten moeten abonnees na elke abonnementsperiode aangeven dat ze hun abonnement willen verlengen. Als ze dit nalaten, wordt het abonnement beëindigd.

In het systeem van libertair paternalisme is de normatief of politiek gewenste optie als *default*-optie voor iedereen geldig, tenzij iemand er uitdrukkelijk bezwaar tegen maakt. Er wordt van uitgegaan dat er een grote groep consumenten bestaat die ‘vergeet’ het abonnement op te zeggen of ‘vergeet’ zich te registreren als niet-donor. In het systeem van libertair paternalisme krijgen de ‘vergeters’ en de consumenten die het moeilijk vinden een beslissing te nemen, automatisch de normatief of politiek gewenste optie. Uiteraard moet er de gelegenheid zijn voor de ‘vergeters’ zich alsnog te registreren als niet-donor. Een dergelijke optie bestaat niet voor consumenten die ‘vergeten’ zijn hun abonnement op te zeggen.

Libertair paternalisme lijkt een beperking van de vrijheid te zijn, maar is het niet vanwege de opt-out optie. In de praktijk komt het libertair paternalisme vaak voor. In welke volgorde plaatst een winkelier de producten in een supermarkt? In welke volgorde treffen we voedingsmiddelen aan bij een buffet? In beide gevallen wordt het gedrag van de consument door de situatie beïnvloed. Als er gezonde producten aan het begin van het buffet staan, zullen consumenten gezonder eten dan wanneer er ongezonde producten aan het begin van het buffet staan. Libertair paternalisme treedt ook op als door de aanleg van een rotonde het gedrag van de weggebruikers en hiermee de verkeersveiligheid wordt beïnvloed.

Zelfs een verschil in formulering kan verschillen in gedrag veroorzaken. Als patiënten instemming moeten geven voor een bepaalde medische behandeling, kan dezelfde informatie op verschillende manieren worden gegeven. Als gesteld wordt dat ‘van alle patiënten die deze behandeling hebben ondergaan, na vijf jaar 90 procent in leven is’ (positieve formulering of framing), stemmen meer patiënten met de behandeling in dan wanneer wordt gesteld dat ‘van alle patiënten die deze behandeling hebben ondergaan, na vijf jaar 10 procent is overleden’ (negatieve formulering).¹³ Veel juridische informatie is in negatieve termen (verboden) gesteld.

13 Dit verschil tussen positieve en negatieve *framing* kan worden verklaard met de prospect-theorie. Zie Kahneman & Tversky 1979.

5 DE OVERLADEN CONSUMENT

Consumenten krijgen de laatste jaren door marktliberalisatie en marktwerking meer de vrijheid om te kiezen wat zij willen uit een steeds groter aanbod van goederen en diensten. Zo kunnen ze kiezen via welke telefoonmaatschappij ze bellen, waar ze hun ziektekostenverzekering afsluiten, bij welke leverancier ze energie afnemen en bij welke dienstverlener ze internetten. Het rationele keuzemodel gaat ervan uit dat consumenten nauwkeurig alle opties onderzoeken, informatie verwerken en de alternatieven tegen elkaar afwegen. Bij een klein aantal alternatieven is dit nog wel te doen, maar bij een groot aantal wordt deze taak steeds moeilijker dan wel onmogelijk. Enerzijds is keuzevrijheid voordelig. Immers, bij een groot aantal keuzealternatieven is de kans iets te vinden dat spoort met de voorkeur, groter dan bij een klein aantal alternatieven. Anderzijds is deze keuzevrijheid nadelig, omdat het betekent dat consumenten veel informatie moeten verzamelen, begrijpen en verwerken. Hier hebben veel consumenten moeite mee en dit kan hun keuze bemoeilijken. Ze zien door de bomen het bos niet meer. Als rechtsregels vereisen dat veel informatie beschikbaar moet zijn voor consumenten, vergroot dit de *overload* en hebben consumenten nog meer moeite een goede keuze te maken.

Veel keuze heeft voordelen en is volgens de economie zelfs gewenst, omdat de kwaliteit van een keuzeoptie niet afzonderlijk, maar wel tegelijkertijd met andere opties kan worden geëvalueerd. Een ander voordeel is dat mensen verschillen in hun voorkeuren en behoeften. Met een groter aanbod kan aan de behoefte van meer consumenten voldaan worden. Een derde voordeel is dat veel keuze de concurrentie bevordert, met als gevolg lagere prijzen en betere kwaliteit.

Naast voordelen heeft 'veel keuze' ook nadelen.¹⁴ Zo zijn daar de 'kosten' van te veel keuze. Ten eerste zijn dat tijdskosten. De tijd die we nodig hebben om informatie te verwerken en een beslissing te nemen, hadden we ook aan iets anders kunnen besteden. Ten tweede zijn er kosten van een foute beslissing. Mensen maken fouten als zij beslissingen nemen, vooral als veel informatie beschikbaar is en de beslissing gecompliceerd is. Als het aantal alternatieven toeneemt, wordt bijvoorbeeld slechts een klein aantal alternatieven in beschouwing genomen.¹⁵ Wordt de beslissing (te) moeilijk, dan vallen mensen terug op eenvoudige beslissingsregels (heuristieken). Is de beslissing te moeilijk of zijn er te veel alternatieven, dan wordt de beslissing uitgesteld of wordt zelfs vermeden een beslissing te nemen. Een verkeerde keuze wordt niet alleen gemaakt als men weinig informatie of kennis bezit, maar ook als men overladen wordt met informatie. Voorts zijn er psychologische kosten van een verkeerde beslissing. Te denken valt aan angst, onzekerheid, (geanticiperde) spijt en teleurstelling.

14 Van Raaij & De Groot 2007.

15 Jacoby 1977.

Het aanbieden van meerdere opties heeft dus voordelen, maar belemmert vaak het gemak waarmee een keuze gemaakt wordt. Dit werd aangetoond door onderzoek van Iyengar en Lepper.¹⁶ Consumenten die veel keuzealternatieven (dertig soorten jam in de winkel) tot hun beschikking hadden, waren vooraf tevredener dan consumenten die weinig keuze (zes soorten jam) hadden. Maar consumenten met veel keuze vonden de beslissing moeilijker, waren achteraf minder tevreden met hun uiteindelijke keuze en hadden meer spijt van hun beslissing. De auteurs suggereren dat dit veroorzaakt werd door de verantwoordelijkheid die consumenten voelen als zij veel keuze hebben. Emoties zoals geanticipeerde spijt blijken een beslissing te kunnen belemmeren.¹⁷ Barry Schwartz geeft in zijn boek *The Paradox of Choice* een goed overzicht van de literatuur over de problemen die ontstaan bij een overdaad aan keuze.¹⁸

Voor privaatrecht en consumentenbeleid betekent dit dat bij een groter keuzeaanbod consumenten meer problemen hebben en meer fouten maken. De informatie zou dan zo gestructureerd moeten worden dat er een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen relevante en minder relevante eigenschappen van producten en diensten. Via wettelijke voorschriften en zelfregulering kunnen verplichtingen worden opgelegd aan leveranciers (zorgplicht) om bepaalde relevante informatie aan consumenten te verstrekken, zoals de werkelijke rente van persoonlijke leningen en het energieverbruik van auto's. De bedoeling hiervan is dat met deze informatie consumenten de alternatieven beter kunnen vergelijken en gemakkelijker het voor hen 'beste' alternatief kunnen kiezen. Een andere bedoeling is dat consumenten bij een aanschaf meer letten op het energieverbruik van auto's om hiermee een bijdrage te leveren aan het bereiken van klimaat- en energiebesparingsdoelstellingen van de overheid.

Ook relevant voor privaatrecht is dat consumenten bij een groot keuzeaanbod vaak ontevreden zijn en spijt hebben van een gemaakte keuze. Ze ontdekken na de koop dat een ander alternatief beter zou zijn geweest en proberen dan hun keuze ongedaan te maken. In artikel 7:2 BW is bepaald dat een consument (particulier) de aankoop van een huis binnen drie dagen na de ondertekening van het koopcontract kan ontbinden zonder opgaaf van redenen. De gedachte hierachter is dat de koop van een eigen huis voor de meeste mensen de grootste aankoop is die ze in hun leven doen en dat ze daarom drie dagen de tijd dienen te hebben ingeval ze spijt krijgen van hun beslissing.

Consumenten worden door marktwerking en een groter aanbod meer zelf verantwoordelijk voor de gemaakte keuze. Dit draagt bij aan de gevoelde spijt en zou kunnen leiden tot minder schadeclaims bij leveranciers, omdat consumenten een verkeerde keuze aan zichzelf toeschrijven.

¹⁶ Iyengar & Lepper 2000.

¹⁷ Schwartz et al. 2002.

¹⁸ Schwartz 2004.

Bij een hoge informatieoverdaad kunnen consumenten niet alles meer controleren en bijhouden. Ze vertrouwen op instanties (autoriteiten, gedragscodes van leveranciers, garantieregelingen) voor het geval er iets misgaat. Deze regelingen zouden ertoe kunnen leiden dat consumenten niet zelf informatie verzamelen en goed opletten bij een aankoop, maar vertrouwen dat ‘het wel goed zit’. Deze regelingen zouden dus leiden tot minder eigen voorzorg van consumenten en hierdoor tot meer schadeclaims bij de leveranciers. Empirisch onderzoek moet uitwijzen of de resultante van meer verantwoordelijkheid en minder controle van de consument leidt tot minder of juist meer schadeclaims.

6 CONCLUSIES

Uit dit hoofdstuk blijkt dat er forse kritiek te leveren is op een aantal, blijkbaar algemeen aanvaarde, aannamen en veronderstellingen van economen, wetgevers en beleidsmakers. De conclusies van dit hoofdstuk kunnen dan ook langs de lijnen van zes algemeen aanvaarde, maar onjuiste, aannamen worden samengevat.

De eerste aanname is dat *consumenten rationele koopbeslissingen nemen*. Consumenten proberen in vele gevallen rationele beslissingen te nemen, maar slagen daar niet in vanwege de moeilijkheid om alle relevante informatie te verzamelen en te verwerken. In gevallen dat de markt snel fluctueert (huizen- en aandelenmarkt), is de best mogelijke beslissing die beslissing waarbij waarschijnlijkheden worden opgenomen. De meeste beslissingen van consumenten zijn niet 100% rationeel, omdat niet alle relevante informatie gebruikt wordt en er fouten gemaakt worden in de afwegingen en onderlinge vergelijking van alternatieven. Een beleid waarbij meer informatie gegeven wordt aan consumenten betekent niet dat deze informatie ook daadwerkelijk gebruikt wordt bij koopbeslissingen, hoewel wel is voldaan aan de zorgplicht en de beschikbaarheid van informatie.

De tweede aanname is dat *meer informatie leidt tot betere beslissingen* van consumenten. Meer informatie kan leiden tot informatieoverdaad. Het kost consumenten dan te veel moeite en tijd om alle informatie te verwerken en de keuzealternatieven te vergelijken. Consumenten ‘verdrinken’ in de relevante en minder relevante informatie. Bij veel informatie worden hierdoor soms slechtere keuzen gemaakt dan bij weinig, maar relevante informatie. In het beleid zou meer gelet moeten worden op de optimale hoeveelheid informatie, de dosering van informatie en op hulpmiddelen om deze informatie te verwerken, zoals keuzewijzers, gepersonaliseerde informatie en andere soorten keuzeondersteuning.

De derde aanname is dat *het er niet toe doet hoe de informatie gegeven wordt*, als de informatie maar gegeven wordt. Uit onderzoek blijkt dat er een verschil bestaat tussen positieve en negatieve formulering (framing) van informatie. Consumenten stemmen vaker in met informatie in positieve termen dan in negatieve termen. Het vermijden van

iets negatiefs is een sterkere motivatie voor consumenten dan het bereiken van iets positiefs.¹⁹

De vierde aanname is dat *langer nadenken leidt tot betere beslissingen* van consumenten. We leren onze kinderen dat lang nadenken loont, maar langer nadenken door een uitgebreide verwerking van voorhanden informatie kan juist leiden tot een minder goede keuze. In een dergelijk lang proces wordt minder relevante informatie soms even zwaar gewogen als relevante informatie. De nadruk komt dan te veel te liggen op onbelangrijke details en hierdoor wordt een minder goede keuze gemaakt. Veel consumenten maken intuïtief (via onbewuste informatieverwerking²⁰) een goede keuze, maar verknoeien deze goede keuze door bij langer nadenken op irrelevante details te gaan letten. Langer nadenken is dus niet altijd beter, maar een afkoelingsperiode kan consumenten wel helpen om een impulsieve keuze ongedaan te maken. Er is een belangrijk verschil tussen intuïtief en impulsief kiezen. Een impulsieve keuze ontstaat door onmiddellijke behoeftebevrediging en gebrek aan uitsstel. Een intuïtieve keuze is gebaseerd op een vaak onberedeneerd 'gevoel' dat iets juist en goed is.

De vijfde aanname is dat *keuze uit veel alternatieven leidt tot tevreden en gelukkige consumenten*. Marktwerving leidt doorgaans tot een groter aanbod van keuzealternatieven. Consumenten zijn vooraf tevreden met een groot aanbod van alternatieven. Ze denken dat er dan een grotere kans bestaat dat er een voor hen geschikt alternatief bij zit. Maar tijdens en na de keuze worden ze minder tevreden, zelfs ontevreden over het grote aanbod door de moeite die ze moeten doen om te kiezen. Ook verwachten ze spijt te krijgen van hun keuze, omdat mogelijk een ander alternatief achteraf beter zal blijken te zijn. Bovendien zijn ze zelf verantwoordelijk voor een verkeerde keuze zoals het gekozen beltarief, terwijl ze vroeger gewoon hun 'telefoontikken' betaalden. Per saldo zijn consumenten minder tevreden met de vele mogelijkheden dan vroeger met de beperkte mogelijkheden. In het beleid moet meer gekeken worden naar het optimale aantal keuzemogelijkheden, vaak samengevat in de regel 5 ± 2 , dat wil zeggen dat in veel markten het optimum ligt tussen 3 en 7, met als gemiddelde 5 alternatieven.

De zesde en laatste aanname is dat *consumenten graag zelf een keuze willen maken en deze keuze niet uit handen geven*. Consumenten zeggen dat ze keuzevrijheid een goede zaak vinden, maar ze vergeten hun keuzestress als het erop aankomt. Als consumenten een keuzeprobleem ervaren, zoals bij het kiezen van een zorgverzekering begin 2005, worden ze geholpen door een *default*- of standaardoptie aan te bieden. Een *default* is een alternatief dat voor de meeste consumenten goed is en automatisch de optie wordt voor consumenten die niet willen of kunnen kiezen. Het is een vorm van 'libertair paternalisme'

¹⁹ Kahneman & Tversky 1979.

²⁰ Dijksterhuis 2007.

en een uitkomst voor consumenten die keuzestress ervaren. Als consumenten niets doen, wordt er voor hen gekozen en wordt hun probleem opgelost.

Kennis van de opvattingen en het gedrag van consumenten kan leiden tot realistischer aannamen over de effecten van beleid en wetgeving. *Behavioral law* kan net als gedragseconomie een ontwikkeling op gang brengen die effectievere regulering en wetten en de handhaving ervan creëert. In veel gevallen kan tevoren onderzoek worden gedaan naar de effecten die te verwachten zijn van beleid en de invoering van nieuwe wetsregels.

LITERATUUR

Van Boom et al. 2007

W.H. van Boom, C.J.M. van Doorn, S.B. Pape, B. Sujecki & M.L. Tuil, 'Informatie en financiële dienstverlening aan consumenten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, 2007/3, p. 75-82.

Dijksterhuis 2007

A. Dijksterhuis, *Het Slimme Onbewuste. Denken met Gevoel*. Amsterdam: Bert Bakker 2007.

Fama & French 1993

E. Fama & K. French, 'Common risk factors in returns on stocks and bonds', *Journal of Financial Economics*, 33, 1993, p. 3-56.

't Hart & Du Perron 2006

F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument – Is informatie-verstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht, 2006.

Iyengar & Lepper 2000

S.S. Iyengar & M.R. Lepper, 'When choice is demotivating', *Journal of Personality and Social Psychology*, 79, 2000, p. 995-1006.

Jacoby 1977

J. Jacoby, 'Information load and decision quality: Some contested issues', *Journal of Marketing Research*, 14, 1977, 569-573.

Jolls et al. 2000

C. Jolls, C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'A behavioral approach to law and economics', in: C.R. Sunstein (red.), *Behavioral Law and Economics*, New York: Cambridge University Press 2000, p. 13-58.

Kahneman & Tversky 1979

D. Kahneman & A. Tversky, 'Prospect theory: An analysis of decision under risk', 47 *Econometrica* (1979), p. 263-291.

Van Raaij & De Groot 2007

F. van Raaij & M. de Groot, *Nadelige gevolgen van te veel keuze*, ESB Dossier, 4508S, april 2007, p. 4-9.

Schwartz 2004

B. Schwartz, *The Paradox of Choice. Why More is Less*, New York: Harper 2004.

Schwartz et al. 2002

B. Schwartz, A. Ward, J. Monterosso, S. Lyubomirsky, K. White & D.R. Lehman, 'Maximizing versus satisficing: Happiness is a matter of choice', 83 *Journal of Personality and Social Psychology* (2002), p. 1178-1197.

Simon 1955

H.A. Simon, 'A behavioral model of rational choice', *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, p. 99-118.

Sunstein & Thaler 2003

C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'Libertarian paternalism is not an oxymoron', 70 *University of Chicago Law Review* (2003), p. 1159-1202.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractpartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), 1994.

3 MENSELIJK GEDRAG EN RECHTSREGELS

M.T. Croes

SAMENVATTING

Deze bijdrage gaat over de instrumentele functie van het recht. Het handelt, met andere woorden, over de pogingen van overheden het recht te gebruiken om maatschappelijke uitkomsten te genereren. Het behandelt in historisch perspectief eerst schetsmatig de vaak als vanzelfsprekend beschouwde noodzakelijke voorwaarde hiervoor: de vanaf de Middeleeuwen groeiende wil van Europese overheden om het gedrag van burgers vergaand te beïnvloeden. Zonder deze wil zou er van doelgerichte pogingen om het recht voor gedragsbeïnvloeding aan te wenden geen sprake zijn geweest en zouden de gevolgen ervan voor rechtsdomeinen die voorheen als privaatrechtelijk werden beschouwd, zijn uitgebleven. Vervolgens wordt ingegaan op de wijze waarop overheden tegenwoordig het gedrag van burgers trachten te sturen en het, gegeven de doelstellingen die worden beoogd, betrekkelijk geringe succes waarmee dat gebeurt. In de verklaring hiervan wordt gewezen op mechanismen in het gedrag van mensen waarmee bij de ontwikkeling van beleid vaak geen rekening wordt gehouden. De achtergrond hiervan is een sinds de Middeleeuwen bestaande traditie in het denken over de burger en diens relatie tot de overheid. Of het streven nu is erger te voorkomen – hetzij een straf van God voor begane zonden, hetzij de algehele desintegratie van de samenleving – of om meer geluk voor de meeste mensen te genereren: het voorgestane beleid behelst een (verdere) beperking van de autonomie van de burger. De vraag of daar wel een empirische basis voor bestaat, of niet, lijkt daarbij minder relevant dan het vinden van aansluiting bij de axioma's over de ontoereikende wil of het ontoereikende vermogen van het individu om zelfstandig het door de autoriteiten gewenste gedrag te vertonen.

1 INLEIDING

De Europese rechtsgeschiedenis vanaf de Oudheid laat zich lezen als een strijd van de individuele burger om zijn autonomie te behouden en het streven van groepen anderen om die te beperken.¹ De huidige voorlopige uitkomst ervan zou de burger uit vervlogen tijden verbazen. De hedendaagse alomtegenwoordigheid van overheden bij praktisch elke activiteit die hij ontplooit, de mate waarin zij trachten zijn gedrag te beïnvloeden en de

¹ Leoni 1961.

uitkomsten ervan te beheersen, en het voortdurende klinken van het vertoog dat deze situatie bepleit en rechtvaardigt, vormen letterlijk een wereld van verschil met de maatschappelijke ordening die hij gewoon was. Volgens de invloedrijke rechtsfilosoof Hans Kelsen is dit de uitkomst van het eeuwige verlangen van de mens naar gerechtigheid. Aangezien de individuele mens zelfstandig niet in staat zou zijn om wat Kelsen gerechtigheid of 'sociaal geluk' noemt te realiseren, zou hij zich aan de sociale orde van een wetgever hebben onderworpen die voor de verlangde herverdeling van eigendommen kon zorg dragen.²

Historisch gezien is Kelsens instrumentele visie op het recht een recente ontwikkeling. Van de vier functies die het recht gewoonlijk krijgt toegeschreven, is instrumentaliteit de laatst verkregene: de ordenende functie, de normatieve functie en de geschilbeslechtsingsfunctie werden eerder ontwikkeld.³ De instrumentele functie van het recht is in feite uit deze drie functies voortgekomen. Zij veronderstellen immers reeds een hogere autoriteit die de samenleving op een bepaalde wijze wil vormgeven.

Dat neemt niet weg dat de geschilbeslechtsingsfunctie lange tijd op een fundamenteel andere leest geschoeid is geweest. In de Oudheid en de Middeleeuwen was het privaatrecht zogeheten *Juristenrecht*; het was de taak van juristen om in concrete gevallen te 'ontdekken' wat recht was, niet om in individuele gevallen algemene regels toe te passen die in naam van een hogere autoriteit voorschrijven wat recht zou moeten zijn. De wet was destijds bijgevolg niet veel meer dan een compilatie van voorgaande rechterlijke uitspraken.⁴ Hoewel de interpretatie van de wet als hoogste uitdrukking van het op 'de volkswil' gebaseerde programma voor de samenleving pas in de twintigste eeuw een grote vlucht zou nemen, begon het recht echter al tijdens de late Middeleeuwen te veranderen. Dat was in de eerste plaats het gevolg van de groeiende wil van de autoriteiten om zich met het gedrag van de burger te bemoeien.

In deze bijdrage staan twee vragen centraal. In de eerste plaats: wat waren de achtergronden van deze sinds de Middeleeuwen groeiende wil van de autoriteiten om het gedrag van de burger te beïnvloeden? In de tweede plaats: wat waren de wijzen waarop en de effectiviteit waarmee dit via het recht gebeurde en gebeurt? Aangezien in de moderne tijd overheidsbeleid met wetten juridisch vorm krijgt, heeft deze vraag betrekking op de instrumenten die overheden hanteren om uitkomsten via de beïnvloeding van het gedrag van burgers te realiseren.

2 'The longing for justice is men's eternal longing for happiness. It is happiness that man cannot find as an isolated individual and hence seeks in society. Justice is social happiness (...) The happiness that a social order can assure can be happiness in the collective sense only, that is, the satisfaction of certain needs, recognized by the social authority, the law-giver, as needs worthy of being satisfied, such as the need to be fed, clothed, and housed.' Kelsen 2007, p. 6.

3 Schwitters 2008, p. 27 e.v.

4 Leoni 1961, p. 10.

In retrospectief lijken de stappen die de autoriteiten vanaf de late Middeleeuwen zetten naar een instrumentele benutting van het recht wellicht vanzelfsprekend, niet in de laatste plaats omdat er gunstige effecten aan worden toegeschreven.⁵ Maar beseft moet worden dat er destijds geen traditie van interventies in de samenleving bestond waarop kon worden voortgebouwd. Zoals het voorbeeld van de criminaliteitsbestrijding in de stadsstaat Athene in de vijfde en vierde eeuw voor Christus in paragraaf 2 illustreert, werd destijds in de rechtsgang van het oude Griekenland veel aan het initiatief van het slachtoffer en diens verwanten overgelaten.

Vanaf de 11^e eeuw werd de zelfhulp waarvan burgers zich bij conflicten konden bedienen allengs minder ruimte geboden. De eveneens in paragraaf 2 behandelde bloedwraak als vergelding voor moord en doodslag vormde in het toenmalige Nederland hier aanvankelijk nog een uitzondering op, maar in het begin van de 16^e eeuw zou ook zij niet meer worden toegestaan.

Als antwoord op de forse teruggang in de openbare orde die de Franse revolutie betekende, maakte het gedragsregulerende streven van overheden een nieuwe sprong voorwaarts. Auguste Comte, de grondlegger van de sociologie, was destijds de belangrijkste denker die het totalitarisme bepleitte als antwoord op de chaos die de ineenstorting van het katholiek-feodale systeem en het christelijke wereldbeeld had gebracht. Via de behandeling van zijn werk in paragraaf 3 is het een relatief kleine stap naar de moderne tijd waarin overheden met tal van maatregelen trachten het gedrag van de burger te beïnvloeden. In essentie gaat het om een drietal instrumenten: *sticks* (straffen), *carrots* (beloningen) en *sermons* (preken). In de praktijk is de werkzaamheid van deze instrumenten vaak geringer of anders dan tevoren werd verwacht. In de verklaring daarvan wordt in paragraaf 4 vooral gewezen op het feit dat in de vormgeving van de beleidsinterventies vaak weinig rekening wordt gehouden met de inzichten van de cognitieve psychologie over hoe mensen op prikkels reageren en welke gedragsmechanismen daarbij een rol spelen. In plaats daarvan worden sommige van deze inzichten slechts gebruikt om te onderstrepen dat burgers niet in staat zijn de juiste beslissingen te nemen en dat daarom beter aan de overheden kunnen overlaten.

2 GESCHILBESLECHTING IN DE OUDHEID EN DE MIDDELEEUWEN

2.1 *Zelfhulp in het oude Athene*

De criminaliteitsbestrijding in de stadsstaat Athene in de vijfde en vierde eeuw voor Christus illustreert hoe gering de rol van overheden in de Oudheid was. Het strafrecht was

⁵ Bijvoorbeeld een daling van de geweldniveaus in de samenleving. Zie Pinker 2011.

er feitelijk nog onderdeel van het privaatrecht en behoudens de misdrijven die de staat of de samenleving bedreigden, was dat in het Romeinse Rijk en de daarop volgende Middeleeuwen niet anders. Athene had destijds geen politie die de misdaad bestreed en daders opspoorde. Voor het tegengaan van criminaliteit en de aanhouding van criminelen waren burgers op zichzelf en hun naasten aangewezen. Passanten speelden ook een belangrijke rol. Hoewel de wet niet voorschreef dat zij slachtoffers van een delict moesten helpen, hadden zij wel de morele plicht op hun hulpgeroep te reageren. Slachtoffers werden op hun beurt geacht altijd om hulp te roepen. Niet alleen om naasten en passanten te activeren, zodat de volvoering van het delict kon worden tegengegaan en de dader kon worden gegrepen, maar ook om voldoende getuigen te hebben voor de eventueel volgende rechtszaak. De Atheense rechtbanken werkten namelijk met gezworenen die op basis van loting uit de burgerij werden gekozen. Zij lieten zich in hun oordeel meestal in hoge mate leiden door het aantal en de eerbiedwaardigheid van de getuigen.⁶

Was de dader van het misdrijf onbekend, dan moest het slachtoffer zelf op onderzoek uitgaan. De eventuele arrestatie van de dader was een taak van het slachtoffer, maar hij kon zich door de autoriteiten laten assisteren. Maakte het slachtoffer hiervan gebruik, dan was hij voor het vervolg van de zaak in zijn keuzemogelijkheden beperkt. Het strafrecht in Athene kende verschillende typen aanklachten met verschillende mogelijkheden tot bestraffing van de dader en eventuele consequenties voor de aanklager. De procedure werd gestart nadat het slachtoffer – of volgens een andere procedure een lid van de gemeenschap – een aanklacht had ingediend. De procedure kon door hem te allen tijde worden gestaakt. Sommige categorieën door het slachtoffer gearresteerde en bekende daders, waaronder de op heterdaad betrachte dief, kwamen nooit voor het gerecht. Zij golden bij de overdracht aan de autoriteiten reeds als ter dood veroordeeld en werden direct geëxecuteerd.⁷

Hoewel slachtoffers van criminaliteit in Athene niet verplicht waren een beroep op het rechtssysteem te doen, gebeurde dit meestal wel. Er was althans geen florerend alternatief: voor zover bekend was bloedwraak in het klassieke Athene een onbekend verschijnsel. De norm was dat op beledigingen en geweld met zelfbeheersing en terughoudendheid werd gereageerd. Eventuele wraakacties moesten via het gerecht worden geleid en dat bood de klager ook voordelen. Met behulp van de rechtszaak kon hij zijn beschadigde eer herstellen en kon hij op kosten van de dader financieel schadeloos worden gesteld.⁸

6 Krause 2004, *Kriminalgeschichte der Antike*, p. 13-15.

7 Krause, 2004, p. 15-16, 21; Bers & Lanni 2003.

8 Krause, 2004, p. 31-32.

2.2 *De vroege Middeleeuwen en de godsvredeweging*

Net als in Athene in de vijfde en vierde eeuw voor Christus was in het vroegmiddeleeuwse Nederland de rol van de autoriteiten in de vormgeving aan en handhaving van het recht gering. Na de val van het Romeinse Rijk was in West-Europa het Germaanse koninkrijk de dominante vorm van politieke organisatie geworden. Deze koninkrijken waren gebaseerd op een hiërarchie van persoonlijke loyaliteit en hadden gewoonlijk geen bestendige instituties voor rechtspraak:⁹ vaak genoeg kenden zij niet eens continuïteit in tijd en ruimte. Het koninkrijk van de Franken, waar Nederland onderdeel van was, vormde hierop een uitzondering. De koning had er de verantwoordelijkheid voor het bewaren van de vrede en het spreken van recht op zich genomen en een systeem van lokale rechtbanken geïntroduceerd. De centrifugale krachten in het koninkrijk bleken echter sterker dan de centripetale en de politieke macht fragmenteerde steeds verder. De hertogen en graven ontwikkelden zich niet tot vertegenwoordigers van het centrale gezag, maar tot zelfstandige leiders van lokale gemeenschappen. Tegelijkertijd werd hun eigen autoriteit ondergraven door lager geordende leenheren die zich steeds losbandiger begonnen te gedragen.¹⁰

Deels als reactie op deze politieke fragmentatie van het Frankische rijk en het ermee gepaard gaande verval van de openbare orde kwam eind 10^e eeuw de godsvredeweging op. Deze beweging streefde de bescherming en vrijwaring van aanvallen na van de kerken, geestelijken, personen in dienst van de kerk, weduwen, adellijke vrouwen, nonnen en monniken, ongewapenden in het algemeen, boeren en hun have en goed. De beweging werd in de eerste plaats gedragen door bisschoppen en de hogere adel, maar ook het gewone volk nam er in grote getale aan deel.¹¹ De motivatie van de betrokkenen vloeyde direct voort uit het destijds dominante christelijke wereldbeeld. Het nastreven van vrede werd als een goddelijk gebod beschouwd; geen gehoor geven aan dit gebod zou aan God straffen als hongersnood en builenpest ontlokken.¹² Tijdens de Middeleeuwen was deze angst voor God een telkens terugkerend handelingsmotief. Reeds in de zesde eeuw werden hongersnoden, aardbevingen en builenpest gezien als straffen voor heiligschennis en andere vormen van gedrag die Zijn toorn hadden gewekt.¹³

Met het oog op het voorkomen van dergelijke straffen werd de lagere adel op massale bijeenkomsten bewogen een eed af te leggen waarmee op straffe van interdictie en excommunicatie werd beloofd dat aanvallen op de kerk en de beschermde personen zouden uitblijven. Dergelijke aanvallen waren bij wet reeds verboden, maar het probleem was dat de wet onvoldoende werd nageleefd. Met de inzet van kerkelijke sancties trachtte de

⁹ Strayer 1970, p. 13.

¹⁰ Ibid., p. 14.

¹¹ Goetz 1983.

¹² Ibid.

¹³ Blöcker 1985, p. 116.

godsvredebeweging daar verandering in te brengen. De hogere adel werd daarbij aangespoord zich te bemoeien met de wijze waarop de lagere adel zijn geschillen beslechtte. Uiteindelijk zou het recht op zelfhulp (vetevoering) als eigenrichting buiten de rechtsorde worden geplaatst en zou de lagere adel worden gedwongen zijn geschillen aan door de hogere adel geïnstalleerde rechters voor te leggen. Een nieuwe centraliseringstendens kwam zo op gang.

2.3 *Bloedwraak in Holland en Zeeland in de late Middeleeuwen*

Zoals het voorbeeld van het graafschap Holland en Zeeland duidelijk maakt, was in het West-Europa van de late Middeleeuwen de bemoeienis van de autoriteiten met de burger inmiddels ver gevorderd.¹⁴ Hoewel bloedwraak er nog werd gedoogd, ging het om de uitzondering op de regel dat de burger zijn geschillen aan de rechter moest voorleggen. De mate waarin de bloedwraak was gereguleerd, maakt daarbij duidelijk dat de burger feitelijk nog maar weinig gelegenheid tot zelfhulp werd geboden.

Bloedwraak werd in Nederland geïntroduceerd door de Germaanse stammen die hier tijdens de neergang en na de val van het Romeinse Rijk de dienst uitmaakten. Net als de stadstaat Athene kenden de Germanen geen centraal overheidsgezag. Zowel de rechtspraak als de handhaving van de orde en veiligheid was een zaak voor de vrije mannen in de samenleving, maar anders dan in Athene had de familie waarvan een lid was gedood het recht – en de morele plicht – om met geweld de verstoorde balans te herstellen: er moest worden teruggegrepen op een lid van de familie van de dader. Deze wraak gaf weer aanleiding tot weerwraak en de vete was pas beëindigd wanneer één van beide families in het geweld het onderspit dolf of wanneer een compromis (zoen) was bereikt. In dat geval werd er tijdens een tijdelijke wapenstilstand (vrede) over de voorwaarden voor de verzoening onderhandeld. Vaak werd de wraak afgekocht, iets wat paste in de Germaanse traditie om veel kwesties met boetes af te doen. Gevangenisstraf kenden de Germanen niet en de doodstraf stond gewoonlijk alleen op verraad, desertie, lafheid en perversiteit.¹⁵

De gang van zaken rond bloedwraak leek in Nederland veel op de oude Germaanse praktijk. Bloedwraak was er aan een aantal fundamentele beperkingen gebonden. Zo diende er sprake te zijn van een wederkerige uitwisseling van geweld en waren vrouwen, kinderen en oude mannen ‘ongepaste boetelingen’ die niet als slachtoffer in aanmerking kwamen.¹⁶ Een belangrijk verschil was dat bloedwraak in het laatmiddeleeuwse Nederland als onderdeel van de officiële rechtspleging werd toegepast. Dit was een poging om de praktijk te beperken door deze te reguleren. Het vormde onderdeel van het sinds de 13^e eeuw aan

¹⁴ Le Bailly 2001, p. 33-87.

¹⁵ Hibbert 2003, p. 3.

¹⁶ Dean 2004, p. 118 e.v.

kracht winnende streven van de autoriteiten om geweld tussen burgers te beperken en met name bloedwraak tegen onschuldigen tegen te gaan. De bloedwraakprocedure behelsde dat de verwanten van het slachtoffer een klacht bij het gerecht moesten deponeren. Op deze wijze konden zij verlof krijgen om wraak te nemen op de dader.

Bloedwraak zou in Holland en Zeeland tot het begin van de zestiende eeuw onderdeel van de rechtspraktijk uitmaken. De afschaffing ervan was de uitkomst van de toenemende bemoeienis van de autoriteiten met de beslechting van geschillen. Van het gebruik om bij misdrijven eerst een klacht af te wachten voordat een gerechtelijke procedure werd gestart, werd door hen in toenemende mate afgeweken. De baljuws, die namens de graaf rechtsmacht uitoefenden, gingen zelf meer ondernemen om daders te achterhalen en hen voor het gerecht te brengen. In de loop van de zestiende eeuw verloren de families van de dader en het slachtoffer de mogelijkheid om zich te verzoenen en zo strafvervolgning van de dader te voorkomen. De autoriteiten gingen over tot diens stelselmatige vervolging en berechting.¹⁷

2.4 *Maatschappelijke vrede en Gods wil*

Een belangrijke kwestie bij de hierboven geschetste groeiende bemoeienis van de autoriteiten met het doen en laten van de burger en de wijzen waarop hij zijn geschillen beslechtte, is waarom de autoriteiten dat deden. De ontwikkeling in de rechtspleging in de stad Konstanz tijdens de late Middeleeuwen werpt hierop meer licht.

Zoals veel Duitse steden tijdens de Middeleeuwen had Konstanz zijn eigen rechtspleging. De gerechten van de stad behandelden alle typen voorkomende zaken en waren niet ondergeschikt aan een hogere rechtbank. De praktijk met betrekking tot bloedwraak was in Konstanz tot in de 14^e eeuw vergelijkbaar met die in Holland en Zeeland. Bij doodslag stuurden de autoriteiten aan op verzoening en herstel van de schade die de verwanten van het slachtoffer hadden geleden. Het hing daarbij af van de familie van de dode of er een aanklacht werd ingediend en het tot een proces kwam, of niet. Slechts in uitzonderingsgevallen wilden de autoriteiten hiertoe het initiatief nemen, bijvoorbeeld als er geen familielid of vriend van het slachtoffer was die een aanklacht kon indienen.

Ook wanneer één van beide partijen niet wilde onderhandelen, dreigde de tussenkomst van de rechter. De partij(en) die zich in een dergelijk geval niet wilde(n) neerleggen bij een rechterlijke behandeling van de zaak moest(en) de stad verlaten totdat er vrede was gesloten.¹⁸

Onder invloed van de groeiende wrevel over daders die ongestraft bleven en nieuwe slachtoffers konden blijven maken, veranderde in de loop van de vijftiende eeuw bij de autoriteiten de opvatting over de eigen rol bij conflicten tussen burgers. In toenemende

¹⁷ Glaudemans 2003, p. 280-283.

¹⁸ Schuster 2000, p. 140-145.

mate namen zij het op zich daders van misdrijven aan te klagen, voor de rechter te brengen en op basis van diens uitspraak te bestraffen. In 1482 besloot het stadsbestuur van Konstanz voortaan alle verdachten van doodslag te vervolgen, ongeacht of ze met de verwanten van het slachtoffer tot verzoening waren gekomen of niet.¹⁹

Deze ontwikkeling vond ook buiten Konstanz plaats en vormde onderdeel van een breder streven van de autoriteiten om hun bemoeienis met de stedelijke bevolking te vergroten. Spelverboden, verboden om wapens te dragen, verboden op godslastering en kledingvoorschriften zagen in dezelfde periode het licht. Zoals het geval was met de eerder behandelde godsvredeweging, vloeyde de actievere opstelling van de stedelijke autoriteiten direct voort uit hun christelijke wereldbeeld. De Duitse stadsbesturen rechtvaardigden hun ingrepen met verwijzingen naar de door de geestelijkheid gevraagde bestrijding van onrecht en de behoeding van de heilige christenheid voor zonde en misdaad. Actie was geboden om te voorkomen dat God de mensheid met pest en oorlog zou bestraffen voor het verlaten van Zijn pad.²⁰

3 AUGUSTE COMTE EN HET PROBLEEM VAN DE MAATSCHAPPELIJKE ORDE IN HET POSTCHRISTELIJKE EUROPA

Hoewel de invloed van het christelijke wereldbeeld in het Europa van de 19^e eeuw snel afnam, maakte deze eeuw duidelijk dat de rol van wereldbeelden in het denken over de rol van autoriteiten en de plaats van het recht allesbehalve uitgespeeld was. Elementen uit het christendom bleven daarbij een belangrijke rol spelen. Dat gold in de eerste plaats voor de christelijke gelijkheidsgedachte. Volgens de christelijke leer zijn in Gods ogen alle mensen gelijk. Dat christenen deze gedachte serieus namen, blijkt uit de toenemende weerstand die de slavernij in het christelijk wordende Europa vanaf de 7^e eeuw ondervond. Uiteindelijk was zij er aan het einde van de 10^e eeuw zo goed als uitgebannen.²¹ In het post-christelijke Europa groeide uit de christelijke gelijkheidsgedachte over de wijze waarop God zich tot de mens verhiel het gesecculariseerde gelijkheidsideaal, een programma gericht op het elimineren van onderscheid tussen mensen in het hier en nu. Dat Marx en Engels in het Communistisch Manifest pleitten voor de herinvoering van de slavernij, terwijl de christelijke gelijkheidsgedachte aan de basis had gestaan van de afschaffing ervan, onderstreept dat gelijkheid als grondbeginsel niet automatisch tot naastenliefde leidt.²² Dat neemt niet weg dat het seculiere gelijkheidsideaal duidelijk uit elementen van het

19 Ibid., p. 146-150.

20 Ibid., p. 151-154, 159, McCall 2004, p. 19-81.

21 Stark 2005, p. 3-32.

22 Het feit dat communistische dictaturen verantwoordelijk zijn voor de grootste genocides uit de menselijke geschiedenis, onderstreept dat eveneens.

christelijke wereldbeeld is opgebouwd. Dit geldt in de eerste plaats voor de lineaire tijdsopvatting en het streven naar perfectie.²³

De in het christendom gangbare lineaire tijdsopvatting behelst dat de geschiedenis een rechtlijnig pad volgt met een duidelijk begin, de schepping, en een duidelijk eind: de wederkomst van Christus. Er is dus geen sprake van een zich immer herhalend patroon zoals dat in oosterse wereldbeschouwingen bestaat. Daarbij is het christelijke tijdpad gericht op het bereiken van perfectie. Deze volmaaktheid wordt volgens christenen pas gerealiseerd in het hiernamaals, omdat het aardse door hen per definitie als imperfect wordt beschouwd. In het seculiere gelijkheidsdenken is de tijdsopvatting eveneens lineair, er wordt immers naar een finale heilstoestand toegewerkt. Maar in afwijking van het christelijke denken is deze heilstoestand een hemel op aarde die in het hier en nu kan – en moet – worden gerealiseerd. Deze centrale gedachte is terug te vinden bij alle ideologieën die wortelschoten op de puinhopen van het ineengestorte christelijke wereldbeeld en het gelijkheidsideaal als axioma hadden gekozen. Het geldt dus niet alleen voor de radicale communisten, fascisten en nationaalsocialisten, maar ook voor de meer gematigde sociaaldemocraten die op weg naar de heilstaat voorlopig bereid zijn compromissen te sluiten. Wat deze verschillende typen heilstaatstrevers verder verenigde en verenigt, is dat zij de staat beschouwen als het instrument bij uitstek om hun idealen te verwezenlijken. Aangezien de aantrekkingskracht van hun wensdromen in de praktijk onvoldoende was (gebleken) om de samenleving tot algemene en vrijwillige aanvaarding ervan te bewegen, moesten de heilstaatstrevers kiezen tussen het opgeven van hun idealen of het opleggen ervan. Deze keuze bleek niet moeilijk. Met als lichtend voorbeeld de Middeleeuwse autoriteiten, die uitgaande van hun christelijke wereldbeeld, hun wil aan de samenleving oplegden, richtten en richten heilstaatstrevers zich op het bemachtigen van de staatsmacht om met behulp daarvan de samenleving de richting in te doen slaan die zij vrijwillig niet gaan wil. Het recht werd en wordt hierbij ingezet om het gedrag van de aan de staatsmacht onderworpenen te sturen.

Dit werd reeds bepleit door Auguste Comte (1798-1857), de grondlegger van de sociologie en één van de eerste moderne denkers die in totalitarisme het antwoord zag op de bedreiging van de maatschappelijke consensus die de teloorgang van het christelijke wereldbeeld en de opkomst van het industriële kapitalisme hadden gebracht. Er was volgens Comte geen sprake van een endemisch conflict in de samenleving wortelend in het bestaan van privé-eigendom, wat radicalere denkers beweerden, maar van een fase in de overgang van het *Ancien Régime* naar de finale vorm van menselijke beschaving. In materieel opzicht was deze beschavingsvorm met het industrieel kapitalisme reeds gearriveerd, maar het politiek-ideologische bewustzijn en de bijbehorende maatschappelijke instituties zouden hieraan nog niet zijn aangepast. Op individueel niveau was dit volgens Comte zichtbaar in de afwezigheid van een gezaghebbend spiritueel ideaal dat de hogere sentimenten – de

23 Voegelin 1968, p. 58-61.

belangeloze liefde – richting gaf. De ongerichtheid van de hogere sentimenten zou tot een gebrek aan beteugeling van de lagere egoïstische instincten (fysiek welbevinden, lust, ijdelheid en ambitie) leiden en het altruïsme ondergraven dat volgens Comte onontbeerlijk was voor sociale ordening en intermenselijke samenwerking. Chronische intermenselijke conflicten waren het gevolg.²⁴

Aangezien volgens Comte aan de basis van de cohesie in samenlevingen gedeelde wereldbeelden stonden die tot gedeelde opvattingen, gedeelde morele principes en het hierop gebaseerde gedrag leidden, was de opgave volgens hem een nieuw wereldbeeld te creëren dat het politiek-ideologische bewustzijn van de samenleving weer in evenwicht kon brengen met haar materiële basis. Met het ideaaltipe van de Middeleeuwse christelijke samenleving voor ogen, meende Comte dat dit nieuwe wereldbeeld een religieus karakter moest hebben. Alleen religie zou in staat zijn de hogere sentimenten van de mens te mobiliseren ten bate van het algemeen belang.

Comte meende dat de wetenschap deze nieuwe religie moest aanreiken. Hij was opgegroeid in een tijd waarin de wetenschap niet alleen als voorhoede van de strijd tegen het *Ancien Régime* werd gezien, maar ook als een alternatieve bron van zekerheid en geleide verandering. Het meer en meer op de achtergrond treden van die andere bron van zekerheid en geleide verandering, de katholieke kerk, deed de wetenschap als vanzelfsprekend haar plaats innemen. Comte zette zich daarom aan de ontwikkeling van de *Réligion de l'Humanité*, een naar het katholicisme gemodelleerde godsdienst waarbinnen in plaats van God de mensheid zelf centraal stond. De priesterklasse die bij de nieuwe religie hoorde, diende te bestaan uit sociale wetenschappers. Zij zouden verantwoordelijk moeten worden voor het onderwijzen en opvoeden van de volksgemeenschap, voor het creëren van een nieuwe mens. De intellectuele revolutie die de *Réligion de l'Humanité* vervolgens zou voortbrengen, zou op haar beurt tot nieuwe morele principes en vervolgens tot de politieke en sociale reconstructie van de samenleving moeten leiden.

Het ontwerp van deze noodzakelijke politieke en sociale reconstructie van de samenleving was een taak voor een nieuwe tak van wetenschap die Comte 'sociologie' noemde. Sociologie was door Comte in de eerste plaats bedoeld als de denktank achter het revolutionaire project van de afbraak van de restanten van de traditionele, op christelijke waarden gegrondveste samenleving en de constructie van haar opvolger: een totalitair systeem, opgebouwd uit een nieuwe gelijk(er) gemaakte en van christelijk bijgeloof bevrijde mens. Comtes ideale samenleving werd geleid door een bestuurlijke elite, die desnoods met ijzeren vuist zou regeren, en een intellectuele elite die het volk volgens één morele code zou opvoeden zodat hun opvattingen en gedrag zouden harmoniëren. Comte gunde de gewone mens niet de vrijheid om het eigen lot te bepalen. Hij achtte hem moreel en intellectueel niet in staat om de juiste keuzen te maken en moest dat daarom aan anderen overlaten.

24 Wernick 2001, p. 100-101.

Alleen door onderwerping van de massa aan het bestuur van een elite kon volgens Comte de sociale consensus die het Middeleeuwse Europa kenmerkte, worden hersteld en de sociale cohesie worden gegenereerd die hij noodzakelijk achtte om orde en vooruitgang te realiseren.²⁵

Hoewel Comte tegenwoordig weinig belangstelling geniet,²⁶ leven elementen uit zijn denken en zijn programma nog immer voort. De door hem bepleite intensieve bemoeienis van overheden met de vorming en het gedrag van de aan hun regime onderworpen burgers zou in de loop van de twintigste eeuw worden gerealiseerd.

4 OVERHEIDSRECHT EN GEDRAGSBEÏNVLOEDING IN DE MODERNE TIJD

4.1 *Beïnvloeding van doelbewust gedrag*

Sinds de val van het *Anciene Régime* en het tanen van de invloed van het christelijke wereldbeeld, menen de autoriteiten niet enkel dat de samenleving maakbaar is, maar ook gemaakt dient te worden. We zagen dat reeds bij de voordrager Comte die deze gedachte tot haar logische conclusie voerde: de totalitaire staat. Aangezien Comte zich in zijn mensbeeld nog niet had losgemaakt van het katholicisme, was zijn insteek pessimistisch: gegeven de menselijke natuur was deze totalitaire staat nodig om erger te voorkomen.

Na de Franse Revolutie werd aan de toenemende bemoeienis van de overheid met de burger meestal een positievere draai gegeven. Het utilitaristische adagium ‘the greatest happiness of the greatest number’, een richtsnoer dat de Britse filosoof Jeremy Bentham wetgevers als eerste voorhield,²⁷ was hierbij leidend. Benthams stelregel rechtvaardigde niet alleen de overheidsbevoegdheid, maar het legitimeerde ook de opoffering van individuele belangen aan het algemene belang.²⁸ Aangezien bestuurders nooit klaar zouden zijn met het genereren van meer ‘geluk’, waren aan hun interventies in de samenleving per definitie geen grenzen gesteld.

De toenemende bemoeienis van de overheid met de burger werd weerspiegeld in de groei van het overheidsrecht. Niet alleen de hoeveelheid wetgeving nam drastisch toe, maar ook de reikwijdte ervan. Hoe werd hierbij te werk gegaan? Elke vorm van bewust gedrag wordt in essentie door drie factoren bepaald: de mate waarin de actor het gedrag wil vertonen, de mate waarin de actor over de *capaciteiten* beschikt om het gedrag te vertonen en de mate waarin de omstandigheden de actor *gelegenheid* bieden het bewuste

²⁵ Pickering 1993, p. 693.

²⁶ Ook in sociologiehandboeken als Ultee, Arts & Flap 1996 wordt weinig aandacht aan hem besteed.

²⁷ Bentham 1898, p. 93, 118 e.v.

²⁸ Gert 1998.

gedrag te vertonen.²⁹ De wil, de capaciteiten en de gelegenheid tot handelen van de actor vloeien deels voort uit de persoonlijke doelen die hij zich stelt en de karakteristieken die hem kenmerken. Ze kunnen daarnaast worden gestimuleerd door en worden ontleend aan de sociale omgeving waarbinnen hij functioneert. Zo kan een onderscheid worden gemaakt tussen de *intrinsieke* en de *extrinsieke* varianten van de wil, de capaciteiten en de gelegenheid van de actor om het bewuste gedrag te vertonen.³⁰ Intrinsiek verwijst naar wat tot de actor zelf behoort, extrinsiek naar wat uit zijn sociale omgeving afkomstig is of aan deze omgeving wordt ontleend. De *intrinsieke wil* is de motivatie van de actor om bepaald gedrag te vertonen. Deze motivatie is gebaseerd op zijn bestaande interesses, wensen, verlangens, behoeften en doelen. Soms zijn deze doelen fundamenteel van aard en soms hebben ze een instrumenteel karakter (dat wil zeggen: realisering ervan draagt bij aan het streven naar de bevrediging van een diepere, meer fundamentele behoefte). De *extrinsieke wil* is de motivatie van de actor om bepaald gedrag te vertonen als gevolg van een stimulans uit zijn omgeving. Dit kan een positieve stimulans zijn (een in het vooruitzicht gestelde beloning) of een negatieve stimulans (een in het vooruitzicht gestelde straf), maar het kan ook een aansporing (*peptalk*) of vermaning zijn waarin een beroep wordt gedaan op zijn persoonlijke ethiek. De *intrinsieke capaciteiten* van de actor bestaan uit zijn kennis, zijn vaardigheden en zijn concentratievermogen welke hem in staat stellen bepaalde gedragingen te vertonen. De *extrinsieke capaciteiten* hebben betrekking op de kennis, de vaardigheden en het concentratievermogen van anderen waarop de actor een beroep kan doen om zijn doelen te realiseren. De *intrinsieke gelegenheid* heeft betrekking op de hoeveelheid tijd en geld die de actor, gegeven zijn andere keuzen, budgetteert voor het beoogde gedrag. De *extrinsieke gelegenheid* heeft betrekking op de mate waarin de omstandigheden de keuzevrijheid van de actor, gegeven de doelen die hij nastreeft, beperken.

De overheidsbeïnvloeding van gedrag heeft in de moderne tijd vooral betrekking op de extrinsieke wil, capaciteiten en gelegenheid van het individu om bewust te handelen. De Britse *National Audit Office* (NOA), verantwoordelijk voor het ten behoeve van het Britse parlement doorlichten van de bestedingen van de Britse overheid, onderscheidt vier typen instrumenten die overheden kunnen aanwenden om gewenste gedragsveranderingen bij de burger tot stand te brengen: wetgeving, fiscale maatregelen, de keuze van het soort kanaal langs welke gedragsbeïnvloedende impulsen of diensten de normadressaat bereiken en communicatie.³¹ De meeste van deze maatregelen zijn op de extrinsieke wil en extrinsieke gelegenheid van de burger gericht.

29 Poiesz 1999.

30 Het hier gemaakte onderscheid volgt deels dat van Poiesz 1999, p. 63-69.

31 National Audit Office 2011, p. 12.

Box 1: Gedragsbeïnvloeding door overheden volgens NOA

De NOA begrijpt onder ‘wetgeving’ een beperkt aantal instrumenten met een verbiedend en gebiedend karakter die invloed hebben op de extrinsieke wil en extrinsieke gelegenheid van de actor: de aanpassing van de strafwet (strafbaarstelling), gevangenisstraffen en niet-penitentiaire maatregelen, de intrekking van vergunningen c.q. de beëindiging van privileges en de verplichting tot het afnemen van bepaalde diensten (bijvoorbeeld de verplichte procesvertegenwoordiging) of het verplicht deelnemen aan bepaalde regelingen (bijvoorbeeld de verzekering tegen ziektekosten, werkloosheid of arbeidsongeschiktheid). Onder fiscale maatregelen verstaat de NOA instrumenten die eveneens op de extrinsieke wil en extrinsieke gelegenheid van de actor invloed hebben: boetes, belastingen, belastingteruggave en belastingvoordeel. Tot de kanalen langs welke de normadressaat diensten krijgt geleverd of impulsen krijgt toegediend, rekent de NOA zaken als vrijwilligerswerk, financiële stimuli en het verbieden van bepaalde gedragingen op bepaalde plaatsen: zaken die wederom op de extrinsieke wil en extrinsieke gelegenheid van de actor betrekking hebben.³² Onder het kopje communicatie noemt de NOA tot slot onderwijs, advertenties en berichtgeving en de verstrekking van informatie: impulsen die op (verandering van) de intrinsieke wil van de actor zijn gericht.

Inhoudelijk gezien kunnen de typen instrumenten die de NOA onderscheidt, worden ingedeeld naar de wijze waarop zij geacht worden op het gedrag van de normadressaat te werken. Het gaat dan of om *carrots* (positieve sanctie, stimulans om bepaald gedrag te vertonen) of om *sticks* (negatieve sanctie, rem op het vertonen van bepaald gedrag). De *sermon* kan daar eventueel nog als aparte categorie aan worden toegevoegd. Niet zozeer omdat de poging de normadressaat te overreden om iets te doen of iets te laten niet als *carrot* of *stick* kan worden gezien, maar omdat de handhaving van de regel primair door de normadressaat jegens zichzelf dient te gebeuren (met andere woorden: onderdeel dient uit te gaan maken van zijn intrinsieke wil).

³² Al is op voorhand niet duidelijk op welke specifieke wijze het vrijwilligerswerk de actor beïnvloedt.

4.2 Resultaten met beleid?

In de praktijk bleken en blijken veel beleidsmaatregelen geen of in ieder geval niet de gewenste werking te hebben. Volgens Leeuw³³ bestaan hiervoor drie redenen. In de eerste plaats streven politici en hoofdamttenaren naar meer invloed, aanzien, functiereikwijdte en macht, en niet naar beleid dat ‘werkt’. Wanneer veelbelovende beleidsmaatregelen desondanks toch worden genomen, kunnen ze in de uitvoering door gebrek aan medewerking van lagere bestuursorganen alsnog falen.³⁴ In de tweede plaats wijst Leeuw op imitatiegedrag. Beleidsmaatregelen die elders worden toegepast, worden om die reden ingevoerd zonder dat wordt stilgestaan bij de vraag of de maatregel wel kan en zal werken. In de derde plaats voert Leeuw de bestaande specialisering en verkokering in de wetenschap aan. Het gevolg hiervan is dat bestuurders, rechters en beleidsambtenaren vaak niet kunnen beschikken over de geïntegreerde kennis die zij bij het beantwoorden van de vraag hoe er geïntervenieerd moet worden, zouden willen gebruiken.³⁵

In dit verband kan gewezen worden op de *mechanism design theory*. In deze tak van wetenschap houdt men zich bezig met de vraag hoe maatschappelijke instituties (bijvoorbeeld markten) moeten worden vormgegeven opdat de interacties tussen de partijen die van deze instituties gebruikmaken optimale uitkomsten genereren, met name waar het gaat om gedragsstimulansen en de informatie waarover partijen beschikken.³⁶ Dat klinkt bij uitstek als onderzoek voor beleid, zou je zeggen. Het feit dat Hurwicz, Myerson en Maskin, de grondleggers van *mechanism design theory*, in 2007 de prijs van de Zweedse Rijksbank voor economie wonnen, vormt een extra aanbeveling.³⁷ Maar wanneer men zou verwachten dat een theorie waarbinnen het effect van gedragsstimulansen en informatie op het keuzegedrag van individuen zo’n belangrijke rol speelt rekening houdt met de bevindingen over keuzegedrag uit andere vakgebieden, komt men toch bedrogen uit. Dit geldt met name voor de assumptie van doelrationaliteit die zowel in *mechanism design theory* als in veel beleidsinterventies besloten ligt. Het gebrek aan aandacht hiervoor zou als vierde verklaring voor de geringe effectiviteit van beleidsinterventies kunnen worden opgevoerd.

4.3 Doelrationaliteit en haar beperkingen

Met het begrip doelrationaliteit wordt, in de woorden van Max Weber, gedoeld op het handelen op basis van ‘*Erwartungen des Verhaltens von Gegenständen der Außenwelt und*

33 Leeuw 2008, p. 27-28.

34 Dit gold bijvoorbeeld voor de *Anti Social Behaviour Order* in het Verenigd Koninkrijk. Zie Croes 2008.

35 Leeuw 2008, p. 28.

36 Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences (2007); Jackson 2003.

37 Niet te verwarren met de Nobelprijs. Een Nobelprijs voor economie bestaat niet.

von anderen Menschen' waarbij 'dieser Erwartungen als "Bedingungen" oder als "Mittel" für rational, als Erfolg, erstrebte und abgewogene eigene Zwecke'³⁸ worden gehanteerd. Achter alle pogingen tot gedragsbeïnvloeding van de burger door de overheid gaat in feite het mensbeeld schuil dat de burger doelrationeel handelt. Wanneer hij in zijn streven zijn doelen te realiseren geen afwegingen zou maken op basis van de verwachte kosten en baten die de verschillende keuzemogelijkheden met zich brengen, zou zijn gedrag met *carrots* of *sticks* moeilijk te beïnvloeden zijn. Over de mate waarin burgers daadwerkelijk doelrationeel handelen, bestaat echter discussie. Binnen deze discussie staan drie zaken centraal: *framing*, stelselmatige fouten die mensen bij het afwegen van keuzemogelijkheden maken (*biases*) en de vuistregels (*heuristics*) op basis waarvan zij hun besluiten nemen.³⁹

Framing

Mensen percipiëren de keuzes waarvoor zij zich gesteld zien, waaronder de keuzes die met toepassing van *carrots*, *sticks* en *sermons* door overheden worden beïnvloed, niet allemaal op dezelfde wijze. Deze verschillen in percepties zijn terug te voeren op verschillen in de referentiekaders (mens- en wereldbeelden) die zij hanteren om hun omgeving en de gebeurtenissen daarbinnen te omschrijven en te verklaren. Deze referentiekaders omvatten niet alleen standaardbeschrijvingen van situaties en hun oorzaken zodat deze kunnen worden herkend, maar ook voorschriften. Dit zijn niet alleen voorschriften omtrent de wijze waarop situaties en hun oorzaken moeten worden gewaardeerd, maar ook richtlijnen met betrekking tot zowel doelen die nastrevenswaardig (of juist uit den boze) zijn als middelen wier aanwending in het nastreven daarvan aanbevelenswaardig of acceptabel is (of juist niet). De referentiekaders zijn ten dele cultureel bepaald,⁴⁰ maar worden er niet door gedetermineerd. Er bestaan bijgevolg ook binnen culturen verschillen tussen referentiekaders.

Het feit dat referentiekaders kunnen verschillen, betekent niet dat er geen systeem zit in de wijze waarop mensen hun keuzes percipiëren. De psycholoog Lindenberg meent dat er in essentie drie zogenaamde *master frames* (omkaderingen) bestaan die actoren bij de definiëring van keuzesituaties hanteren: het hedonistische *frame*, het winst-*frame* en het normatieve *frame*.⁴¹ Het hedonistische *frame* is gericht op genietingen, op het zich beter

38 Max Weber, geciteerd in: Grimm 2013, p. 153.

39 In de literatuur wordt met *framing* geregeld een cognitieve *bias* bedoeld, voortkomend uit de presentatie (door derden) van de keuzesituatie. In de benadering van Lindenberg gaat het bij *framing* om de aard van de keuzesituatie en de daarmee geassocieerde doelen die het individu nastreeft en de normen die zijn keuze beïnvloeden.

40 Henrich, Albers, Boyd e.a. 2001.

41 Lindenberg 1993. Lindenberg gebruikt het begrip *framing* ook wanneer het individu selectief zijn aandacht beperkt (Lindenberg 1993; Lindenberg 1996a) in het bijzonder tot het realiseren van het gekozen instrumentele doel ('the desired state of affairs') wanneer dit doel wordt geëvalueerd c.q. wanneer de keuze op dit doel is gevallen (Lindenberg 2002). *Framing* is dus niet iets wat de normadressaat louter overkomt, als ware hij een

doen voelen. Het winst-*frame* is gefocust op de vergroting van de hulpbronnen waarover het individu beschikt, zoals geld en vrije tijd, kennis, vaardigheden, sociale invloed, enzovoort. Het normatieve *frame* is gericht op het vertonen van het gedrag dat door het individu c.q. zijn sociale omgeving als passend en gepast wordt beschouwd.⁴² De *frames* worden door *situational cues* (prikkels) geactiveerd. Op één moment kan slechts één van deze *frames* het afwegingskader vormen op basis waarvan het individu de situatie definieert en evalueert, de na te streven doelen selecteert en de hiertoe in te zetten middelen kiest.

Box 2: Voorbeelden van framing

Verschillende sociale situaties vragen om verschillende vormen van ‘passend’ gedrag. Zij worden met andere woorden geassocieerd met verschillende *frames*. Neem bijvoorbeeld vrijwilligerswerk. Individuen verrichten dit werk veelal zonder compensatie. Zij worden door het werk zelf gemotiveerd en vinden het normaal dat zij een inspanning leveren zonder dat daar een financiële beloning tegenover staat. Het normatieve *frame* domineert de perceptie van de situatie. Dit verandert echter wanneer voor het vrijwilligerswerk betaald gaat worden. Frey en Goette onderzochten hoe vrijwilligerswerkers reageren wanneer er voor hun werk een beloning wordt geïntroduceerd. Uit hun analyses bleek dat een hogere beloningsincidentie samenging met minder vrijwillig gewerkte uren. Volgens de onderzoekers tastte de beloning de intrinsieke wil aan om het werk zonder compensatie te verrichten. Tegelijkertijd was de extrinsieke wil, de arbeidsmotivatie die uitging van de beloning, niet voldoende groot om de afname in intrinsieke wil te compenseren. Pas nadat de beloning een aanzienlijke omvang had bereikt, bleken de voormalige vrijwilligers in het onderzoek voldoende gemotiveerd om meer uren te werken dan zij eerder onbetaald bereid waren in hun werk te steken.⁴³ Een tweede voorbeeld wordt gegeven door Tenbrunsel en Messick.⁴⁴ Zij onderzochten de mate van samenwerking bij de productie van een fictief collectief goed, in dit geval ‘een schoon milieu’, met als experimentele conditie een variërende mate van handhaving. Uit hun experimenten bleek onder meer dat zwakke sancties toegepast door derden tot minder samenwerking leiden bij het produceren van het collectieve goed dan in de situatie waarin door derden helemaal geen sancties werden opgelegd. De verklaring was volgens de onder-

speelbal van zijn referentiekader, het kan volgens Lindenberg ook een activiteit zijn. Gemaakte keuzen vormen in wezen zelf een soort *frame* waardoor zij minder kans maken opnieuw te worden overwogen.

42 Lindenberg 2002.

43 Frey & Goette 1999. Zie meer in het algemeen Frey & Jegen 2001.

44 Tenbrunsel & Messick 1999.

zoekers dat mensen de situatie afhankelijk van de vraag of er al dan niet sancties door derden worden toegepast anders percipiëren. Zolang dergelijke sancties achterwege blijven, menen mensen dat er een ethisch beroep op hen wordt gedaan om ten bate van het algemeen belang mee te werken: het normatieve *frame* domineert. Maar wanneer door derden sancties worden toegepast, wordt de situatie gezien als een toestand waarin anderen de verantwoordelijkheid voor de productie van het collectieve op zich hebben genomen. Deelname aan de productie daarvan wordt dan afhankelijk gesteld van de voor- en de nadelen om de regel te volgen, de kans om te worden gesanctioneerd wanneer dat niet gebeurt en de aard van de sanctie:⁴⁵ het winst-*frame* domineert.

Een derde voorbeeld wordt gegeven door Bohnet, Frey en Huck.⁴⁶ Zij deden experimenteel onderzoek naar de invloed van het niveau van overheidshandhaving op de naleving van half gespecificeerde contracten. Bij lage niveaus van overheidshandhaving was de naleving van de afspraken gebaseerd op wederzijds vertrouwen tussen de contractpartijen: het normatieve *frame* domineerde. Maar naarmate het niveau van overheidshandhaving steeg, veranderde de *framing* van de keuzesituatie en nam het vertrouwen tussen de contractpartijen af. Bij volledige overheidshandhaving van het contract was het vertrouwen tussen de contractpartijen vervangen door institutioneel vertrouwen in het rechtssysteem. De minste naleving van het contract werd gevonden bij de zwakke overheidshandhaving ervan: het vertrouwen tussen de contractpartijen had reeds te lijden onder de afname van de intrinsieke wil om na te leven als gevolg van de handhavende activiteiten van de overheid (*crowding out-effect*), maar deze extrinsieke wil was nog te zwak om bij de dominantie van het winst-*frame* voldoende naleving te realiseren.

Volgens Lindenberg⁴⁷ domineert het normatieve *frame* wanneer het individu zich in zijn gedragingen aan normen conformeert om sociaal welbevinden (door de sociale omgeving verstrekte gedragsbevestiging en/of affectie) te ervaren c.q. straffen te vermijden. Het door eigenbelang gemotiveerde individu handelt hier nog doelrationeel. Wanneer het gedrag voortvloeit uit geïnternaliseerde normen, is er echter iets anders aan de hand. In dergelijke gevallen beperkt het individu vooraf zijn keuze uit de gedragsalternatieven tot die welke hij zich op basis van de geïnternaliseerde normen toestaat. Dit geldt bijvoorbeeld voor religieus of ideologisch geïnspireerd gedrag, zoals de bomaanslag op de marathon in Bos-

45 Zie ook Feldman & MacCoun 2005.

46 Bohnet, Frey & Huck 2001.

47 Lindenberg 2002.

ton.⁴⁸ Op eigenbelang gebaseerde gedragstheorieën bieden weinig mogelijkheden om dergelijk gedrag te begrijpen,⁴⁹ maar met toepassing van de *framing*-theorie is dat beter mogelijk.⁵⁰ Onder welke condities welk *frame* bij wie in welke mate domineert, is vervolgens een cruciale vraag voor overheden die zich met gedragsbeïnvloeding bezighouden. Een andere belangrijke kwestie betreft de condities waaronder de verandering van het *frame* dat de besluitvorming domineert plaatsvindt. Lindenberg heeft op deze vragen geen duidelijk antwoord.⁵¹

Pettit licht wat dat betreft echter een tip van de sluier.⁵² In tegenstelling tot Lindenberg onderscheidt Pettit maar twee frames, namelijk het eigenbelang-*frame* en het cultureel-normatieve *frame*. Het eerste *frame* domineert in situaties waarin er sprake is van marktrelaties en uitruil, het tweede *frame* domineert in de meeste sociale situaties: de interactie met familieleden en vrienden, in politieke besluitvorming en in de context van groepsgegedrag. Dat betekent niet dat het eigenbelang in deze situaties geen rol speelt. Het is volgens Pettit weliswaar niet dominant aanwezig, maar latent: het blijft op de achtergrond. Meestentijds volgen mensen bepaalde culturele patronen, op de automatische piloot als het ware, totdat bepaalde alarmsignalen het eigenbelang activeren. Dat kan een situatie zijn waarin het individu zijn vingers eerder heeft gebrand of een situatie waarin de *peers* van het individu betere resultaten behalen dan het individu zelf, of gewoonweg een situatie waarin zich iets anders voordoet dan een in door culturele normen gestuurde routinesituatie. Het kan ook gebeuren wanneer het individu verlies dreigt te lijden of voordeel dreigt mis te lopen. Het individu zal dan zijn keuzen maken op basis van persoonlijk voor- of nadeel.

Biases en heuristics

Naast *framing* zijn er andere redenen waarom mensen verminderd doelrationeel handelen.⁵³ Eén reden is hun beperkte wilskracht. Mensen weten dat bepaalde gedragingen strijdig zijn met hun langetermijndoelen, maar vertonen deze gedragingen desondanks. Vanwege de gezondheidsrisico's is roken hiervan een goed voorbeeld, maar dat geldt ook voor te veel eten en te weinig bewegen, te weinig verzekeren en onvoldoende sparen.⁵⁴ Uit experimenteel onderzoek blijkt verder dat mensen zich geregeld minder zelfzuchtig gedragen dan op basis van de klassieke economische theorie wordt verondersteld.

48 <http://news.msn.com/us/officials-boston-suspects-motivated-by-religion> [23-4-13].

49 Van Bruggen 2001, p. 94-97.

50 Er bestaan raakvlakken met handelen dat Weber waarderationaliteit noemde, maar een belangrijk verschil is dat zijn definitie van waarderationaliteit veronderstelt dat de actor geen aandacht heeft voor het gevolg van zijn handelen. Gedrag van islamitische terroristen voldoet niet aan deze typering, want het is wel degelijk gericht op de uitkomsten en niet op het handelen als zodanig, ook al is het kader waarbinnen wordt gedacht religieus bepaald. Zie bijvoorbeeld Shahzad 2011.

51 Lindenberg 1996b. Zie Croes 2007 voor een bespreking daarvan.

52 Pettit 2002, p. 222-244.

53 Jolls, Sunstein & Thaler 2004.

54 Ibid.

Box 3: Speltheorie en beperkt eigenbelang

Het *ultimatum game* is een voorbeeld van speltheoretisch onderzoek. Het spel kent twee actoren: de aanbieder en de ontvanger. De aanbieder moet van een vaststaande hoeveelheid geld een deel aan de ontvanger aanbieden. De ontvanger heeft dan de keus om het aanbod te accepteren of het aanbod af te wijzen. In het laatste geval krijgen beiden niets. Op basis van de klassieke economische theorie zou worden verwacht dat de aanbieder het laagste mogelijke bedrag zou aanbieden, zodat hij zelf zo veel mogelijk houdt, en dat de ontvanger elk voorstel zou accepteren, want iets is altijd meer dan niets. In de praktijk echter verwerpen ontvangers voorstellen die minder dan 20 procent van het totaal bedragen. Zij zijn dus bereid te ongelijke verdelingen te bestraffen, ook al brengt dat kosten met zich mee.⁵⁵ Aanbieders lijken hierop te anticiperen, want zij bieden in de praktijk een substantieel deel van de totale som aan, gewoonlijk tussen de 40 en 50 procent. Maar of de aanbieder zich hier door welbegrepen eigenbelang liet leiden, is de vraag: veel mensen hebben een voorkeur voor gelijke verdelingen.⁵⁶ De mate waarin deze mensen in een samenleving voorkomen, is niet *random*. Het is in flinke mate de tijd en plaats (en cultuur) gebonden reflectie van de economische omstandigheden waarbinnen het alledaagse leven van de aanbieder zich afspeelt. Wanneer die omstandigheden samenwerking aantrekkelijk maken (of vereisen), werkt de aanbieder bij het spelen van het *ultimatum game* meer samen met de ontvanger; wanneer die omstandigheden het aantrekkelijker maken om op eigen houtje in het onderhoud te voorzien, werkt de aanbieder minder samen met de ontvanger.⁵⁷

Beperkingen gelden daarnaast voor de cognitieve capaciteiten van het menselijk brein. Zo werkt het geheugen van mensen gebrekkig en is het ophalen van een herinnering geen neutrale activiteit, maar een herinterpretatie van deze herinnering.⁵⁸ Daarnaast is de mate waarin mensen informatie kunnen verwerken beperkt. Dit resulteert niet alleen in het

55 Ibid. De bereidheid tot bestraffen geldt ook voor derden die met de interactie in wezen niets te maken hebben. Zie Fehr & Fischbacher 2004a; Fehr & Fischbacher 2004b; Fehr, Fischbacher & Gächter 2002.

56 Jolls, Sunstein & Thaler 2004; Crüger 2002.

57 Henrich, Boyd, Bowles e.a. 2001.

58 Bijvoorbeeld Wagenaar 1988, p. 31-60. Een beter werkend geheugen is echter niet altijd 'beter': het maakt het scheiden van hoofd- en bijzaken moeilijker of zelfs onmogelijk, staat daardoor het leren van ervaringen in de weg en bemoeilijkt het snel nemen van goede beslissingen in een onzekere omgeving. Zie Gigerenzer 2007, p. 21-23 e.v.

gebruik van vuistregels bij beslissingen, maar leidt er ook toe dat de wijze waarop informatie wordt gebruikt vaak systematisch gekleurd is.

Tversky en Kahneman wijzen in dit verband op verschillende vuistregels: de *availability heuristic* (het risico op een bepaalde gebeurtenis wordt hoger ingeschat wanneer men zich een soortgelijk voorval makkelijker kan herinneren, bijvoorbeeld omdat men het reeds recent heeft ervaren); de *anchoring heuristic* (kansen op een uitkomst worden geschat uitgaande van een eerste waarde die een arbitraire of irrationele basis kan hebben) en de *representativeness heuristic* (de neiging om de waarschijnlijkheid van de overeenkomst tussen een beschrijving van een fenomeen en een stereotypische representatie ervan te baseren op de mate van gelijkenis en niet op de mate waarin het fenomeen voorkomt).⁵⁹ Het gevolg van het gebruik van deze vuistregels is dat mensen bij afwegingen systematische fouten maken.⁶⁰ Dit geldt vooral voor de omgang met kansen en risico's.

Wat de gekleurdeheid van het oordeel betreft, wijzen Tversky en Kahneman op *extremeness aversion* (het vermijden van extremen), de *hindsight bias* (de gedachte dat terugziend op wat er is gebeurd de uitkomst onvermijdelijk was), de *optimistic* of *overconfidence bias* (de overschatting van de eigen capaciteiten en de onderschatting van de risico's die worden genomen), de *status quo bias* (de voorkeur voor geen veranderingen en de beoordeling van winst en verlies ten opzichte van een referentiepunt), *loss aversion* (de neiging om ontevredener te zijn over een verlies met een omvang x dan tevreden te zijn over de winst met een omvang x), *mental accounting* (mensen compartimentaliseren hun beslissingen en geven de deelbeslissingen een eigen budget met een wisselende prioriteit, waardoor het overzicht over en de balans in de uitgaven verloren gaat) en *decision utility versus experience utility* (de discrepantie tussen het vooraf verwachte nut en het uiteindelijk ervaren nut van ondernomen acties).⁶¹

De hiervoor genoemde bovenstaande kritiek op de veronderstelde doelrationaliteit waarmee mensen zouden handelen laat onverlet dat ook de critici menen dat individuen worden gemotiveerd door de behoefte hun doelen te realiseren. De keuzes die zij maken zijn echter geregeld anders dan op basis van de klassieke economische theorie zou worden verondersteld. Onder economen is dit feit echter niet onopgemerkt gebleven.⁶² Veel van de hierboven genoemde kanttekeningen bij de veronderstelling van doelrationaliteit hebben inmiddels hun sporen in het werk van economen getrokken.⁶³ Dat neemt niet weg dat bij het modelleren van keuzegedrag er nog maar in beperkte mate rekening mee wordt gehouden.⁶⁴

59 Tversky & Kahneman 1982; Tversky & Kahneman 2002; Kahneman & Tversky 1995. Zie ook Sunstein 2004 en Sunstein 1997.

60 Ibid.

61 Ibid.

62 Sugden 1992.

63 De Geest, Depoorter & Vanneste 2004.

64 Ulen 2000.

4.4 *Kritiek op de critici: cognitieve psychologie versus behavioral economics*

Het werk van Tversky en Kahneman heeft tot veel discussie geleid. Gigerenzer's bijdrage aan deze discussie richt zich op de wijze waarop Tversky en Kahneman omgaan met de beperkte rationaliteit van mensen. Gigerenzer grijpt hiervoor terug op een artikel van Nobelprijswinnaar Herbert Simon uit 1956.⁶⁵ In dat artikel pleitte Simon voor wetenschappelijke vooruitgang, voor een *'alternative approach to the description of rationality that is more closely related to psychological theories of perception and cognition that is in closer agreement with the facts of behaviour as observed in laboratory and field'*.⁶⁶ In de eerste plaats betekende dit volgens Simon dat moest worden uitgegaan van de wijze waarop het menselijk brein werkt en niet van modellen waarin fictieve competenties (al dan niet met restricties) aan dat brein worden toegeschreven. In de tweede plaats betekende het dat er expliciet rekening moest worden gehouden met de structuur van de omgeving waarin het menselijk brein werkt.

Uitgaan van hoe het menselijk brein *feitelijk* werkt, wordt niet alleen door klassieke economen nagelaten,⁶⁷ maar ook door hun criticasters uit de school van Tversky en Kahneman. De eisen die zij stellen aan de wijze waarop het menselijk brein zou moeten werken, vooral wanneer het gaat om het inschatten van kansen en risico's, is in wezen ingegeven door een specifieke interpretatie van de Bayesiaanse kansrekening.⁶⁸ Op de verschillende *biases* en *heuristics* die Tversky en Kahneman onderscheiden, is daarom wel wat af te dingen.

Box 4: Kansen en risico's

De discussie over de Bayesiaanse kansrekening spits zich toe op de vraag of een kans iets zegt over een enkelvoudige gebeurtenis of dat het iets zegt over een reeks van gebeurtenissen. Heeft de kans om een type 1 (nulhypothese verwerpen terwijl ze klopt) of een type 2 fout (nulhypothese niet verwerpen terwijl ze niet klopt) betrekking op één experiment of op een reeks van experimenten? Volgens de meest gangbare interpretatie van de beoefenaars van de Bayesiaanse statistiek is het laatste het geval en hebben kansen geen betekenis voor enkelvoudige gebeurtenissen. Maar de wetenschappers van de school van Tversky en Kahneman menen desondanks dat mensen een fout maken wanneer zij bij het inschatten van de kans op een enkelvoudige gebeurtenis afwijken van de relatieve frequentie

⁶⁵ Simon 1956.

⁶⁶ Simon 1956.

⁶⁷ Simon 1972; Simon 1991.

⁶⁸ Gigerenzer 2000, p. 242-244.

waarin deze gebeurtenis op de lange termijn voorkomt.⁶⁹ Daar komt bij dat onder sommige condities de *biases* die Tversky en Kahneman vonden niet worden aangetroffen wanneer respondenten expliciet wordt gevraagd uitspraken te doen over kansen die betrekking hebben op reeksen van gebeurtenissen over een langere periode in plaats van een enkelvoudige gebeurtenis.⁷⁰

Een goed voorbeeld is de angst voor terroristische aanslagen. Geregeld wordt gesteld dat de angst van mensen om door dergelijke aanslagen te worden getroffen zich niet verhoudt tot de kans die zij en hun naasten lopen om met zo'n aanslag te maken te krijgen.⁷¹ Als mogelijke verklaring voor de 'te' grote angst voor het terrorisme wordt vaak verwezen naar de *availability heuristic* en naar *probability neglect*.⁷² De *availability heuristic* wijst in dit verband op de gedachte dat mensen de kans op een nieuwe aanslag overschatten, omdat het sinds de aanval op de *Twin Towers* in New York makkelijker is geworden om een voorbeeld van terrorisme voor de geest te halen. *Probability neglect* wijst in dit verband op de negatieve invloed van emoties op het juist inschatten van risico's. De hamvraag is echter of de wereld van terreuraanslagen wel onveranderlijk genoeg is om de statistiek van gebeurtenissen uit het verleden te gebruiken bij het inschatten van kansen in het heden. Zou een aanslag die naar omvang of soort 'nieuw' is niet juist moeten worden gezien als een indicatie dat de wereld veranderd is en dat het verleden bijgevolg te weinig zegt over het heden? De door Tversky en Kahneman aan de kaak gestelde vuistregels waarmee mensen in dergelijke situaties werken, wijzen erop dat deze mensen het risico dat de wereld is veranderd niet willen onderschatten.

Op de kritiek dat de school van Tversky en Kahneman zich te veel richt op de wijze waarop het menselijk brein zou behoren te werken en te weinig oog heeft voor hoe dat brein feitelijk werkt, is recent een reactie gekomen. Gepostuleerd wordt nu dat mensen twee systemen zouden hebben om besluiten te nemen: de snelle en slordige intuïtie en de langzamere maar nauwkeurigere analytische reflectie⁷³ die de (te) snel genomen beslissingen soms corrigeert.⁷⁴ Maar de tegenstelling die wordt geschetst tussen 'intuïtieve' en 'beredeneerde' besluitvorming overtuigt weinig. Niet alleen omdat de psychologische literatuur meer dan

69 Ibid., p. 246, 257-288.

70 Ibid., p. 245-259. Gigerenzer geeft meer redenen waarom het onderzoek dat aanwijzingen voor de *biases* had opgeleverd ondeugdelijk is.

71 Bijvoorbeeld Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2006.

72 Bijvoorbeeld Sunstein 2004.

73 Kahneman & Frederick 2005; Kahneman & Frederick 2002; Sloman 2002.

74 Kahneman & Frederick 2002.

twee besluitvormingsmethoden kent,⁷⁵ maar ook omdat de vraag wordt genegeerd welke besluitvormingsmethode gegeven de omstandigheden (o.a. tijdsdruk, aard van de informatie, volledigheid van deze informatie) passend is. Als gevolg hiervan wordt de indruk gewekt dat analytische reflectie altijd kwalitatief betere beslissingen oplevert dan de intuïtieve wijze van beslissen.⁷⁶ Dat is echter niet het geval. Ook zonder tijdsdruk wil meer informatie niet altijd zeggen dat mensen tot kwalitatief betere besluiten komen.⁷⁷ Evenmin vereist de succesvolle omgang met complexe problemen dat mensen veel kennis bezitten.⁷⁸ Onder bepaalde condities leidt meer informatie zelfs tot minder goede uitkomsten.⁷⁹

Een ander belangrijk kritiekpunt van Gigerenzer op het onderzoek van de school van Tversky en Kahneman (en op *behavioral economics* in het algemeen) is dat het voornamelijk gericht is op het aantonen dat de wijze waarop mensen redeneren afwijkt van de wijze waarop zij volgens wetenschappers zouden moeten redeneren. Het verklaren waarom mensen redeneren zoals zij doen en het onderzoeken wat hen dat oplevert, blijft achterwege. Wat geregeld wel volgt, is een pleidooi om die burger tegen zichzelf in bescherming te nemen en hem (nog) meer overheidsbevoogding op te dringen.⁸⁰ De impliciete aanname is daarbij dat overheden, en functionarissen zoals rechters, minder geplaagd worden door het soort ‘fouten’ dat de burger maakt.

Box 5: Rechters en vuistregels

Empirisch onderzoek naar de beslissingen van rechters laat zien dat ook zij gebruikmaken van vuistregels. Hoewel van rechters wordt gevraagd en verwacht dat zij hun beslissingen weloverwogen en op basis van alle beschikbare informatie nemen, komen zij in de praktijk tot besluiten die hiermee niet stroken. Dhami⁸¹ onderzocht of de beslissingen die Britse rechters nemen over de vraag of zij wel

75 Rieskamp & Hoffrage 1999 geven aanwijzingen dat in situaties waarin gekozen moet worden tussen meerdere alternatieven en elk alternatief gekarakteriseerd wordt door verschillende attributen (*cue*)waarden, er twee strategieën zijn die het meest worden gebruikt. Dat zijn *weighted pros*, waarbij op basis van een subset van de *cues* het alternatief wordt gekozen dat een hoogste gewogen score aan *pros* heeft. Een *pro* staat in dit verband gelijk aan de hoogste *cue*-waarde voor een alternatief. Het gewicht van elke *pro* wordt bepaald door de subjectieve validiteit van de *cue*. De andere strategie is *lexicographic* waarbij het alternatief met de hoogste *cue*-waarde op de *cue* met de hoogste validiteit wordt gekozen. Rieskamp en Hoffrage (1999) geven tevens aanwijzingen dat onder hoge tijdsdruk *lexicographic* meer wordt toegepast en *weighted pros* minder. Wanneer deze hoge tijdsdruk niet bestaat, wordt *weighted pros* meer gebruikt en *lexicographic* minder. Strategieën die alle beschikbare informatie gebruiken, werden door de deelnemers aan het experiment gemeden.

76 Gigerenzer & Todd 1999.

77 Laat staan dat mensen alle voorhanden informatie gebruiken wanneer zij een besluit nemen (Todd 2001).

78 Marewski, Gaissmaier & Gigerenzer 2010.

79 Gigerenzer & Brighton 2009.

80 Bijvoorbeeld Thaler & Sunstein 2008; Jolls, Sunstein & Thaler 2004; Sunstein & Thaler 2003.

81 Dhami 2003.

of geen borgtocht zouden verlenen zich beter laten voorspellen met een simpele vuistregel (1 *cue*) dan met een ingewikkelde besluitvormingsmethode (*Franklin's rule*)⁸² die alle relevante informatie (25 *cues*) benutte. De simpelste vuistregel heette *passing the buck*: de beslissing om al dan niet borgtocht te verlenen werd gebaseerd op eerdere beslissingen door de politie, het Openbaar Ministerie en eventuele andere rechters. De data werden verzameld door twee onderzoekers die gedurende vier maanden rechtszittingen van twee Londense rechtbanken (A en B) bijwoonden. In het geval van onderzoeker A ging het om 159 borgtocht-beslissingen genomen door 25 rechtbanken (55 rechters), in het geval van onderzoeker B om 183 borgtochtbeslissingen genomen door 32 rechtbanken (56 rechters). Analyse van de beslissingen liet zien dat *passing the buck* de beslissingen van de rechter beter voorspelde dan de ingewikkelde besluitvormingsmethode: 92% tegen 86% voor rechtbank A en 85% tegen 73% voor rechtbank B.

Von Helversen en Rieskamp onderzochten waarop officieren van justitie in Duitsland de door hen geëiste straf baseerden in zaken (diefstal, vervalsing of fraude) die in de periode 2003-2005 dienden voor het Amtsgericht Bad Freienwalde. Hun analyse van de strafdossiers liet zien dat de beslissingen van de officieren van justitie het best werden gemodelleerd door het *mapping* model, een vuistregel voor kwantitatieve schattingen. Hun onderzoek maakte tevens duidelijk dat de officieren van justitie hun beslissingen op een beperkt aantal variabelen baseerden en verschillende in de juridische literatuur van belang geachte variabelen – kenmerken van de dader zoals leeftijd, nationaliteit en eventuele schuldbekentenis – bij hun beslissing niet meewogen.⁸³

Dezelfde redeneertrant zagen we in dit artikel reeds bij godsvredebeweging en de middeleeuwse autoriteiten: om Gods straffen te voorkomen, dient de burger zich te onderwerpen aan een bevoogdende overheid. We zagen het ook bij de eerder behandelde Comte, de geestelijke vader van de moderne staat: de burger is moreel en intellectueel niet in staat om op de juiste wijze te redeneren en de juiste beslissingen te nemen. Hij dient zich daarom te onderwerpen aan het bestuur van elites die dat wel kunnen en te accepteren dat hij weinig invloed heeft op de wijzen waarop zij zijn leven vormgeven. De achilleshiel van deze gedachtegang is dat de maatstaf voor wat 'correct' redeneren zou zijn niet ter discussie staat. Maar daar bestaat in elk geval wel reden toe: er is nog niet aangetoond dat de 'ver-

82 Beslissen op basis van de balans van de voors en tegens rekening houdend met hun relatieve gewicht. Zie Gigerenzer 2007, p. 4-5.

83 Von Helversen & Rieskamp 2009.

keerd' redenerende burger een groter gevaar is voor zichzelf, feitelijk minder verdient, korter leeft en ongelukkiger is dan de 'goed' redenerende burger.⁸⁴ Er is evenmin aangetoond dat de burger wiens leven door overheden wordt geregisseerd het zoveel beter doet dan de burger die meer autonomie wordt gegund. Het onderzoek van Gigerenzer zelf plaatst daarbij forse vraagtekens bij de gedachte dat de burger 'verkeerd' zou redeneren.

4.5 Vuistregels volgens Gigerenzer

In navolging van Simon⁸⁵ draait het volgens Gigerenzer bij de vuistregels die mensen hanteren om de verwerking van informatie. Centraal in Gigerenzers theorie staat het *probabilistic mental model* (*pmm*).⁸⁶ Wanneer iemand een algemene kennisvraag met twee mogelijke antwoorden krijgt voorgelegd, probeert hij eerst met behulp van zijn geheugen en elementaire logica de keuze te maken. Wanneer dit niet lukt, construeert hij een *pmm*. Met een *pmm* wordt de vraag opgelost door deze in een bredere context te plaatsen en er op basis van verschillende variabelen inductieve gevolgtrekkingen over te maken. Wanneer de vraag bijvoorbeeld is of de Nederlandse stad A meer inwoners heeft dan de Nederlandse stad B, bestaat de bredere context uit 'Nederlandse steden'. De extra variabele, of *cue*, wordt aan het langetermijngeheugen ontleend en kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de vraag of de stad een voetbalclub in de eredivisie heeft. De inductieve gevolgtrekking is dan dat het waarschijnlijker is dat grote steden een club in de eredivisie hebben spelen.⁸⁷

Wanneer de *cue* niet kan worden geactiveerd omdat hij in het onderhavige geval niet onderscheidend werkt, kan er naar andere *cues* worden gezocht. Voorbeelden zijn of de stad in de Randstad ligt of hoofdstad van een provincie is. Wanneer er weinig tijd voor de beantwoording van de vraag beschikbaar is, zal het vaak bij het activeren van één *cue* blijven. In dat verband zal de mate van zekerheid waarmee de persoon meent de vraag juist te hebben beantwoord gelijk zijn aan de door hem op basis van ervaring of kennis ingeschatte validiteit van de *cue*. Wanneer de persoon in kwestie meer tijd heeft om een antwoord te geven, kan hij echter meerdere *cues* activeren.⁸⁸

De vuistregels die in het kader van het *pmm* worden gehanteerd, omvatten de zoekregel, de stopregel en de beslisregel. De zoekregel heeft betrekking op de wijze waarop naar informatie wordt gezocht, de stopregel op wanneer moet worden gestopt met zoeken naar informatie en de beslisregel op de wijze waarop de beslissing zal worden genomen. Zijn doel is hierbij niet zijn nut te maximaliseren en optimale uitkomsten te realiseren, want

84 Berg & Gigerenzer 2010.

85 Simon 1956.

86 Gigerenzer 2000, p. 129-165.

87 Ibid.

88 Todd 2001.

dit is onhaalbaar. Zijn doel is uitkomsten te bereiken die goed genoeg zijn (*satisficing*).⁸⁹ Voorbeelden van vuistregels zijn de *recognition*-vuistregel,⁹⁰ waarbij de keuze tussen twee of meer alternatieven wordt gebaseerd op basis van het al dan niet herkennen van de beschreven objecten, de *minimalist*-vuistregel,⁹¹ waarbij de beslissing wordt genomen op basis van de eerste *cue* die het onderscheid tussen de twee of meer alternatieven mogelijk maakt, de *take the last*-vuistregel,⁹² waarbij de beslissing wordt gebaseerd op de *cue* die ook in een eerdere soortgelijke keuzesituatie doorslaggevend was, en de *take the best*-vuistregel,⁹³ waarbij de keuze tussen de verschillende alternatieven wordt gebaseerd op de *cue* met de hoogste subjectieve validiteit. Een voorbeeld van dat laatste is wanneer bij de keuze tussen twee auto's de aankoopbeslissing op de – door de koper zeer belangrijk geachte – kleur wordt gebaseerd.

De vuistregels met behulp waarvan mensen⁹⁴ beslissingen nemen, moeten worden gezien in de context van de omgeving waarbinnen ze worden gebruikt. Terwijl veel van het onderzoek naar besluitvorming uitgaat van de premisse dat goede redeneringen intern consistent en logisch dienen te zijn en dat redeneringen die hieraan niet voldoen aan *biases* onderhevig zijn, moeten cognitieve strategieën in de veranderlijke praktijk aan belangrijkere eisen voldoen. Ze moeten psychologisch plausibel zijn, ze moeten snel werken en ze moeten onder tijdsdruk en op basis van onvolledige informatie tot accurate gevolgtrekkingen in levensechte situaties leiden.⁹⁵ Gigerenzer heeft in experimenten de prestaties van de door hem onderscheiden vuistregels in termen van snelheid, zuinigheid (aantal benodigde *cues*) en accuraatheid (aantal juiste antwoorden) vergeleken met traditionele besluitvormingsmodellen die meer tijd, informatie en rekencapaciteit vergen.⁹⁶ Uit deze experimenten volgde dat *take the best* sneller en zuiniger was dan de concurrenten en bovendien even accuraat was als de beste concurrenten. Verder presteerden andere *one reason decision making*-vuistregels als *take the last*, waarbij de *cue* wordt gebruikt waarop de meest recent gemaakte keuze was gebaseerd, en de *minimalist*, waarbij een willekeurige *cue* wordt gekozen, zeker wanneer er weinig informatie beschikbaar is redelijk tot goed.⁹⁷ In de praktijk gebruiken individuen en instituties dergelijke simpele vuistregels voortdurend en ze bereiken hier geen slechte resultaten mee. In situaties waarin de toekomst zich slecht

89 Simon 1956; Simon 1959.

90 Goldstein & Gigerenzer 1999.

91 Ibid.

92 Ibid.

93 Ibid.

94 Ze zijn echter niet exclusief voor mensen. Zie Stevens 2010 en Hutchinson & Gigerenzer 2005.

95 Gigerenzer 2000, p. 196-197.

96 Ibid., p. 167-197.

97 Ibid.

laat voorspellen en er weinig gegevens zijn om de beslissing op te baseren, presteren deze vuistregels zelfs beter dan besluitvormingsmethoden die meer gegevens benutten.⁹⁸

Het verdient benadrukking dat het onderzoek van Gigerenzer nog geen antwoorden geeft op de vraag onder welke condities mensen welke vuistregel met welke gevolgen hanteren. Een systematische theorie die beslissingen verklaart uit de gehanteerde besluitvormingsmethoden, de omgevingen waarbinnen deze worden toegepast en de menselijke capaciteiten die deze vereisen en benutten, ontbreekt vooralsnog.⁹⁹

5 WIL TOT WETEN

Leeuw¹⁰⁰ wees hierboven op de bestaande specialisering en verkokering in de wetenschap die het voor bestuurders moeilijk maakt om geïntegreerde kennis te gebruiken bij het overwegen van en vormgeven aan beleidsinterventies. Dat is niet onjuist, maar het veronderstelt dat beleidsmakers dat daadwerkelijk zouden willen. Dit is echter een open vraag. Als indicatie voor de mate waarin zij over deze wil beschikken, kan hun vraag naar kennis over de effecten van wetgeving dienen. Afgemeten aan de stand van het onderzoek naar deze effecten is de vraag niet erg groot: zowel Veerman en Mulder¹⁰¹ als Klein Haarhuis en Niemeijer¹⁰² komen op basis van hun onderzoek naar wetsevaluaties tot de conclusie dat er niet alleen over het al dan niet werken van wetten maar – als daarvan sprake is – ook over de wijze waarop zij werken weinig bekend is. Gegeven het feit dat beleidsmakers over middelen beschikken om deze kennislacune op te heffen, ligt de conclusie voor de hand dat deze opheffing weinig prioriteit heeft.

Het gebrek aan belangstelling dat beleidsmakers voor de resultaten van beleidsonderzoek hebben, heeft in potentie twee verklaringen. Het kan terug te voeren zijn op een punt dat Leeuw reeds aanvoerde voor het falen van beleidsinterventies: bestuurders streven primair naar meer macht en zijn niet wezenlijk geïnteresseerd in zaken die daar niet direct aan bijdragen. Het kan echter ook betekenen dat de beleidsmakers geen behoefte hebben aan nieuwe kennis omdat zij reeds een mening hebben over wat wel en niet zou moeten werken. Dat hun interventies tot dan toe niet hebben gewerkt, is vanuit deze optiek slechts te verklaren uit de gedachte dat ze nog niet hard genoeg zijn geprobeerd, al dan niet omdat kwaadwillenden het succes van het beleid in de weg staan.

De tweede verklaring kent een lange traditie. De achtergrond hiervan wordt gevormd door het dominante mens- en wereldbeeld waaraan de autoriteiten hun opdracht tot het

98 Gigerenzer & Brighton 2009.

99 Gigerenzer & Gaissmaier 2011.

100 Leeuw 2008, 27-28.

101 Veerman & Mulder 2010.

102 Klein Haarhuis & Niemeijer 2008.

managen van het gedrag van de burger ontlenen. Zoals we in dit artikel hebben gezien, werd in de middeleeuwen deze taak aan de autoriteiten opgedragen uit vrees dat het zondige gedrag van sommigen Gods toorn over allen zou afroepen. In de moderne tijd hebben de autoriteiten deze taak gekregen vanuit een voorondersteld gebrek aan zelfredzaamheid bij de burger: hij zou niet in staat zijn om de juiste gedragskeuzen te maken en heeft daarom de overheid nodig om dat voor hem te doen. Het is deze assumptie, voortkomend uit het postchristelijke mens- en wereldbeeld en geschraagd door sommige takken van de wetenschap, die de wil tot het begrijpen van de gedragskeuzen van de burger in de weg lijkt te staan.

LITERATUUR

Bailly 2001

M.-C. le Bailly, *Recht voor de Raad. Rechtspraak voor het Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland in het midden van de vijftiende eeuw*. Hilversum: Verloren 2001.

Bentham 1898

J. Bentham (1898 [1776]), *A fragment on government*. Oxford: Clarendon Press.

Berg & Gigerenzer 2010

N. Berg & G. Gigerenzer (2010), 'As if behavioral economics: neoclassical economics in disguise?', *History of economic ideas*, nr. 18/1, p. 133-165.

Bers & Lamni 2003

V. Bers & A. Lanni, 'An Introduction to the Athenian legal system' in: C. Blackwell (red.), *Demos: Classical Athenian Democracy* (www.stoa.org), 2003.

Blöcker 1985

M. Blöcker, 'Volkszorn in frühen Mittelalter', *FranciaForschungen zur westeuropäischen Geschichte*, nr. 13, p. 113-149.

Bohnet et al. 2001

I. Bohnet, B. Frey & S. Huck, 'More order with less law. On contract enforcement, trust, and crowding', *American political science review*, 95, 2001, p. 131-144.

Bruggen 2001

A.C. van Bruggen, *Individual production of social well-being: an exploratory study*, Groningen: ICS 2001.

Croes 2007

M.T. Croes, *Naar een 'bruikbare rechtsorde'. Bijdragen uit de sociale wetenschap*, Den Haag: WODC 2007.

Croes 2008

M.T. Croes, 'Gedragseffecten van Anti Social Behaviour Orders', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verhey (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 561-600.

Crüger 2002

A. Crüger, *Bargaining theory and fairness. A theoretical and experimental approach considering freedom of choice and the crowding-out of intrinsic motivation*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH 2002.

Dean 2004

T. Dean, *Misdaad in de middeleeuwen*, geautoriseerde vertaling uit het Engels, Amsterdam: Pearson Education Benelux 2004 [2001].

Dhami 2003

M.K. Dhami, 'Psychological models of professional decision making', *Psychological science*, 14, 2003, p. 175-180.

Fehr & Fischbacher 2002

E. Fehr, U. Fischbacher & S. Gächter, 'Strong reciprocity, human cooperation and the enforcement of social norms', *Human nature*, vol. 13, 2002, nr. 1, p. 1-25.

Fehr & Fischbacher 2004a

E. Fehr & U. Fischbacher, 'Social norms and human cooperation', *Trends in cognitive sciences*, vol. 8, 2004, nr. 4, p. 185-190.

Fehr & Fischbacher 2004b

E. Fehr & U. Fischbacher, 'Third-party punishment and social norms', *Evolution and human behaviour*, vol. 25, 2004, nr. 1, p. 63-87.

Feldman & MacCoun 2005

Y. Feldman & R.J. MacCoun, 'Some well-aged wines for the "new norms" bottles: Implications of social psychology for law and economics', in: F. Parisi & V. Smith (red.), *The law*

and economics of irrational behaviour, Chicago: University of Chicago Press 2005, p. 358-394.

Frey & Goette 1999

B. Frey & L. Goette, 'Does pay motivate volunteers?', Working Paper Institute for Empirical Research in Economics, Zürich: Universität Zürich 1999.

Frey & Jegen 2001

B. Frey & R. Jegen, 'Motivation crowding theory', *Journal of economic surveys*, vol. 15, 2001, nr. 5, p. 589-612.

Geest et al. 2004

G. de Geest, B. Depoorter & S. Vanneste, 'Hoe groot zijn de inherente beperkingen van rechtseconomie bij criminaliteitsvraagstukken?', *NJB*, vol. 37, 2005, p. 1920-1929.

Gert 1998

B. Gert, *Morality. Its nature and justification*, New York/Oxford: Oxford University Press 1998.

Gigerenzer & Todd 1999

G. Gigerenzer & P.M. Todd, 'Fast and frugal heuristics: the adaptive toolbox', in: G. Gigerenzer, P.M. Todd & ABC Research Group (red.), *Simple heuristics that make us smart*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 3-34.

Gigerenzer 2000

G. Gigerenzer, *Adaptive thinking. Rationality in the real world*, New York: Oxford University Press 2000.

Gigerenzer 2007

G. Gigerenzer, *Gut feelings. The intelligence of the unconscious*. Londen: Penguin 2007.

Gigerenzer & Brighton 2009

G. Gigerenzer & H. Brighton, 'Homo heuristicus: why biased minds make better inferences', *Topics in cognitive science*, 2009, nr. 1, p. 107-143.

Gigerenzer & Gaissmaier 2011

G. Gigerenzer & W. Gaissmaier, 'Heuristic decision making', *Annual Review of Psychology*, 2011, nr. 62, p. 451-82.

Glaudemans 2003

C.N.W.M. Glaudemans, 'Om die wrake wille.' *Eigenrichting, veten en verzoening in laat-middeleeuws Holland en Zeeland (ca. 1350-ca. 1550)*, Leiden: RUL 2003.

Goetz 1983

H.W. Goetz, 'Kirchenschutz, Rechtswahrung und Reform. Zu den Zielen und zum Wesen der frühen Gottesfriedensbewegung in Frankreich', *FranciaForschungen zur westeuropäischen Geschichte*, 1983, nr. 11, 193-240.

Goldstein & Gigerenzer 1999

D. Goldstein & G. Gigerenzer (1999), 'The recognition heuristic: how ignorance makes us smart', in: G. Gigerenzer, P.M. Todd & ABC Research Group (red.), *Simple heuristics that make us smart*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 37-58.

Grimmel 2013

A. Grimmel, *Europäische Integration in Kontext des Rechts*, Wiesbaden: Springer 2013.

Helversen & Rieskamp 2009

B. von Helversen & J. Rieskamp (2009), 'Predicting sentencing for low-level crimes: comparing models of human judgment', *Journal of Experimental Psychology Applied*, vol. 15, 2009, nr. 4, p. 375-395.

Henrich et al. 2001

J. Henrich, W. Albers, R. Boyd et al., 'Group report: what is the role of culture in bounded rationality?', in: G. Gigerenzer & R. Selten (red.), *Bounded rationality. The adaptive toolbox*, Cambridge/Londen: Massachusetts Institute of Technology 2001, p. 343-359.

Henrich et al. 2001

J. Henrich, R. Boyd, S. Bowles et al., 'In search of homo economicus: behavioral experiments in 15 small-scale societies', *American Economic Review*, 2001, nr. 91, p. 73-78.

Hibbert 2003

C. Hibbert, *The roots of evil. A social history of crime and punishment*, Phoenix Mill: Sutton publishing 2003 [1963].

Hutchinson & Gigerenzer 2005

J.M.C. Hutchinson & G. Gigerenzer, 'Simple heuristics and rules of thumb: Where psychologists and behavioural biologists might meet', *Behavioural Processes*, 2005, nr. 69, p. 97-124.

Jackson 2003

M.O. Jackson, 'Mechanism theory', in: U. Derigs (red.), *Encyclopedia of life support systems*, Oxford: EOLSS Publishers 2003 (www.eolss.net).

Jolls et al. 2004

C. Jolls, C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'A behavioural approach to law and economics', in: C. R. Sunstein (red.), *Behavioral law and economics*, New York: Cambridge University Press 2004, p. 13-58.

Kahneman & Frederick 2002

D. Kahneman & S. Frederick, 'Representativeness revisited: attribute substitution in intuitive judgment', in: T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman (red.), *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*, New York, Cambridge University Press 2002, p. 49-81.

Kahneman & Frederik 2005

D. Kahneman & S. Frederik, 'A model of heuristic judgement', in: K.J. Holyoak & R.G. Morrison (red.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 267-294.

Kahneman & Tversky 1995

D. Kahneman & A. Tversky, 'Conflict resolution: a cognitive perspective', in: K.J. Arrow, R.H. Mnookin & L. Ross e.a. (red.), *Barriers to conflict resolution*, New York/Londen: W.W. Norton & Company 1995, p. 44-60.

Kelsen 2007

H. Kelsen, *General theory of law and state*, Clark: The lawbook Exchange Ltd 2007 [1945].

Klein Haarhuis & Niemeijer 2008

C.M. Klein Haarhuis & B. Niemeijer, *Wet en werkelijkheid. Bevindingen uit evaluaties van wetten*, Den Haag: Boom 2008.

Krause 2004

J.-U. Krause, *Kriminalgeschichte der Antike*, München: C.H. Beck 2004.

Leeuw 2008

F.L. Leeuw, *Gedragmechanismen achter overheidsinterventies en rechtsregels*, Maastricht: Maastricht University Press 2008.

Leoni 1961

B. Leoni, *Freedom and the law*, Princeton: D. van Nostrand Company, inc. 1961.

Lindenberg 1993

S. Lindenberg, 'Framing, empirical evidence, and applications', in: E. Boettcher (red.), *Jahrbuch für neue politische Ökonomie*, vol. 12, 1993, p. 11-38.

Lindenberg 1996a

S. Lindenberg, 'Choice-centred versus subject-centred theories in the social sciences: the influence of simplification on explananda', *European sociological review*, vol. 12, 1996, nr. 2, p. 147-158.

Lindenberg 1996b

S. Lindenberg, 'Continuities in the theory of social production functions', in: H. Ganzeboom & S. Lindenberg (red.), *Verklarende sociologie. Opstellen voor Reinhard Wippler*, Amsterdam: Thela Thesis 1996, p. 169-184.

Lindenberg 2002

S. Lindenberg, 'Social rationality versus rational egoism', in: J.H. Turner (red.), *Handbook of sociological theory*, New York: Kluwer Academic/Plenum publishers 2002, p. 635-668.

Marewski et al. 2010

J.N. Marewski, W. Gaissmaier & G. Gigerenzer (2010), 'Good judgements do not require complex cognition', *Cognitive processing*, 2010, nr. 11, p. 103-121.

McCall 2004

A. McCall, *The medieval underworld*, Sparkford: J.H. Haynes & Co 2004 [1979].

National Audit Office 2011

National Audit Office, *Auditing behaviour change. Evidence of economy, efficiency and effectiveness*, Londen: National Audit Office 2011.

Pettit 2002

P. Pettit, *Rules, reasons and norms. Selected essays*, Oxford: Clarendon Press 2002.

Pickering 1993

M. Pickering, *Auguste Comte. An intellectual biography volume 1*, Cambridge: Cambridge University Press 1993.

Pinker 2011

S. Pinker, *The better angels of our nature. Why violence has declined*, Londen: Viking 2011.

Poiesz 1999

T.B.C. Poiesz, *Gedragsmanagement. Waarom mensen zich (niet) gedragen*, Wormer: Inmerc BV 1999.

Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences 2007

Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences, *Mechanism Design Theory. Scientific background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2007*, Stockholm: Royal Swedish Academy of Sciences 2007.

Rieskamp & Hoffrage 1999

J. Rieskamp & U. Hoffrage, 'When do people use simple heuristics, and how can we tell?', in: G. Gigerenzer, P.M. Todd & ABC Research Group (red.), *Simple heuristics that make us smart*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 141-167.

Schuster 2000

P. Schuster, *Eine Stadt vor Gericht. Recht und Alltag im spätmittelalterlichen Konstanz*, Paderborn: Ferdinand Schöningh 2000.

Schwitters 2008

R.J.S. Schwitters, *Recht en samenleving in verandering. Een inleiding in de rechtssociologie*, Deventer: Wolters Kluwer 2008.

Shahzad 2011

S.S. Shahzad, *Inside Al-Qaeda and the Taliban: beyond Bin Laden and 9/11*, Londen: Pluto Press 2011.

Simon 1956

Simon, H.A. (1956), 'Rational choice and the structure of the environment', *Psychological review*, vol. 63, nr. 2, p. 129-138.

Simon 1959

H.A. Simon, 'Theories of decision-making in economics and behavioral science', *American economic review*, 1959, nr. 49, p. 253-283.

Simon 1972

H.A. Simon, 'Theories of bounded rationality', in: C.B. Radner & R. Radner (red.), *Decision and organization*, Amsterdam: North-Holland Publishing Company 1972, p. 161-176.

Simon 1991

H.A. Simon, 'Cognitive architectures and rational analysis: comment', in: K. van Lehn (red.), *Architectures for intelligence. The twenty-second Carnegie Mellon symposium on cognition*, Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates 1991, p. 25-39.

Sloman 2002

S.A. Sloman, 'Two systems of reasoning', in: T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman (red.), *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*, New York: Cambridge University Press 2002, p. 379-396.

Stark 2005

R. Stark, *The victory of reason. How Christianity led to freedom, capitalism, and Western success*, New York: Random House 2005.

Stevens 2010

J.R. Stevens, 'Rational decision making in primates: the bounded and the ecological', in: M.L. Platt & A.A. Ghazanfar (red.), *Primate Neuroethology*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 97-115.

Strayer 1970

J.R. Strayer, *On the medieval origins of the modern state*, Princeton: Princeton University Press 1970.

Sugden 1992

R. Sugden, 'How people choose', in: S. Hargreaves Heap, M. Hollis, B. Lyons et al., *The theory of choice. a critical guide*, Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers 1992, p. 36-50.

Sunstein 1997

C.R. Sunstein, 'Behavioral analysis of law', *The University of Chicago law review*, vol. 64, 1997, nr. 4, p. 1175-1196.

Sunstein & Thaler 2003

C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'Libertarian paternalism is not an oxymoron', *The University of Chicago law review*, vol. 70, 2003, nr. 4, p. 1159-1202.

Sunstein 2004

C.R. Sunstein, 'Fear and liberty', *Social research*, vol. 71, 2004, nr. 4, p. 967-996.

Tenbrunsel & Messinck 1999

A.E. Tenbrunsel & D.M. Messick, 'Sanctioning systems, decision frames and cooperation', *Administrative science quarterly*, vol. 44, 1999, p. 684-707.

Thaler & Sunstein 2008

R.H. Thaler & C. Sunstein, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven & Londen: Yale University Press 2008.

Todd 2001

P.M. Todd, 'Fast and frugal heuristics for environmentally bounded minds', in: G. Gigerenzer & R. Selten (red.), *Bounded rationality. The adaptive toolbox*, Cambridge/Londen: Massachusetts Institute of Technology 2001, p. 51-70.

Tversky & Kahneman 1982

A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky (red.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 3-22.

Tversky & Kahneman 2002

A. Tversky & D. Kahneman, 'Extensional versus intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment', in: T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman (red.), *Heuristics and biases. The psychology of intuitive judgment*, Cambridge: Cambridge University Press 2002, p. 19-48.

Ulen 2000

T.S. Ulen, 'Rational choice theory in law and economics', in: B. Bouckaert & G. de Geest, *Encyclopedia of law and economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, deel 1, p. 790-818.

Ultee et al. 1996

W.C. Ultee, W.A. Arts & H.D. Flap, *Sociologie. Vragen, uitspraken, bevindingen*, Groningen: Wolters-Noordhof 1996.

Veerman & Mulder 2010

G.-J. Veerman & R. Mulder, *Wetgeving met beleid. Bouwstenen voor een bruikbare wetgevingstheorie*, Den Haag: Boom 2010.

Voegelin 1968

E. Voegelin, *Science, politics, and gnosticism: two essays*, Washington: Regnery Publishing Inc 1968.

Wagenaar 1988

W.A. Wagenaar, *Identifying Ivan. A case study in legal psychology*, Leiden: Harvester/Wheatsheaf 1988.

Wernick 2001

A. Wernick, *Auguste Comte and the religion of humanity. The post-theistic program of French social theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2006

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Dynamiek in islamitisch activisme. Aanknopingspunten voor democratisering en mensenrechten*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006.

4 DE BETEKENIS VAN NEUROWETENSCHAP VOOR HET PRIVAATRECHT

*C.H. de Kogel, W. Schrama en M. Smit**

SAMENVATTING

In de rechtspraak groeit de aandacht voor de betekenis van de hersenen voor het menselijk gedrag. Over de rol van neurowetenschap in de strafrechtspraak is het meeste bekend. In dit hoofdstuk laten we aan de hand van voorbeelden uit de internationale literatuur zien dat neurowetenschappelijke inzichten ook betekenis hebben in de civiele rechtspraak. Daarnaast bespreken we een aantal casus die duidelijk maken dat in Nederland neurowetenschappelijke gegevens al op uiteenlopende terreinen van de civiele rechtspraak in de rechtszaal zijn doorgedrongen. Dit betreft onder meer het gezondheidsrecht, het familierecht en het contractenrecht. Daarbij besteden we aandacht aan de vele vragen die het gebruik van neurowetenschappen in privaatrechtelijke context oproept.

1 INLEIDING

Krachtige nieuwe technieken hebben ons inzicht in de structuur en werking van de hersenen de afgelopen decennia vergroot. Het neurobiologisch perspectief heeft door de opkomst van de neurowetenschappen meer aandacht gekregen in de psychologie en psychiatrie. Maar ook op juridisch terrein blijven neurobiologische ontwikkelingen niet onopgemerkt. Volgens Goodenough en Tucker¹ roepen medisch-technische ontwikkelingen belangrijke nieuwe vragen op. Het gaat dan bijvoorbeeld om het reguleren van toepassingen van neurowetenschappelijke technieken voor behandeling, maar ook voor het verbeteren van prestaties van gezonde mensen (*cognitive enhancement*). *Deep brain stimulation* (DBS), het plaatsen van een elektrode in de hersenen die een bepaald gebied stimuleert of juist het zwijgen oplegt, kan ernstige psychische klachten verlichten, maar als bijwerking ook

* De auteurs bedanken Nora Al Haider, Priya Soekhai en Lizanne Westgeest die als stagiaires respectievelijk junior onderzoeker een bijdrage leverden aan het empirische WODC-onderzoek dat aan de basis ligt van dit hoofdstuk. Een gedeelte van dit hoofdstuk is eerder verschenen in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (De Kogel, Schrama & Smit 2011).

¹ Goodenough & Tucker 2010.

andere gedragsveranderingen hebben.² Waar liggen dan de juridische en ethische grenzen van de medische wetenschap – mag alles, wat technisch mogelijk is? – en hoe staat het met de juridische verantwoordelijkheid? Als een patiënt met een hulpstuk, bijvoorbeeld zo'n DBS-elektrode, een overeenkomst aangaat die sterk in zijn nadeel is, is die overeenkomst dan vernietigbaar? Maakt het daarbij uit of voor de contractpartij zichtbaar is dat sprake is van een technisch hulpmiddel? Zijn de fabrikant en/of medici in dergelijke zaken wellicht ook aansprakelijk? Neurowetenschap kan ook bijdragen aan inzicht in gedrag dat relevant is voor de rechtspraak en de doelen die het recht nastreeft.³ Te denken valt aan kennis over de normale ontwikkeling van het geheugen en andere mentale vermogens zoals het overzien van consequenties van gedrag en zelfbeheersing, maar ook aan inzicht in de wijze waarop mentale of emotionele vermogens worden aangetast door bijvoorbeeld dementie en verslaving. Die kennis is onder meer relevant bij zaken waarin vraagstukken met betrekking tot wilsbekwaamheid, toerekenbaarheid en schuld centraal staan. De neurowetenschap richt zich voorts op het objectiever meetbaar maken van subjectieve toestanden zoals pijn, liegen en het simuleren van lichamelijke of psychische klachten.

Tot slot is er de bestudering van de rechtspleging vanuit neurowetenschappelijk perspectief, een tak van wetenschap die in het verlengde ligt van de rechtspsychologie en die zich onder meer richt op juridische besluitvormingsprocessen, moreel redeneren en de perceptie van eerlijkheid van verdelingen en van de ernst van delicten of wanprestaties.⁴

In de Verenigde Staten van Amerika (VS) neemt het gebruik van neurobiologische informatie vooral in de strafrechtspraktijk toe,⁵ waar bijvoorbeeld hersenscans geregeld als bewijsmiddel in strafzaken worden aangevoerd, maar overigens niet zonder meer door de rechter worden aanvaard. Over de implicaties van neurowetenschappelijke informatie voor het strafrecht wordt veel gepubliceerd. Zo wordt er geschreven over de betekenis van kennis over de ontwikkeling van puberhersenen voor het jeugdstrafrecht⁶ en over de vraag in hoeverre neurowetenschappelijke kennis invloed zal hebben op centrale concepten in het strafrecht zoals verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid, toerekeningsvatbaarheid en vrije wil.⁷ De betekenis van het brein voor 'hogere orde-functies' zoals het anticiperen en reflecteren op consequenties van gedrag, het beheersen van impulsen en emoties en het aanpassen van reacties op basis van nieuwe informatie, roept de meer algemene vraag op

2 Denys 2009; Klaming & Haselager 2010; Schmitz-Luhn, Katzenmeier & Woopen 2012.

3 Goodenough & Tucker 2010.

4 Ibid.

5 Farahany 2009.

6 Tovino 2007; Fabian 2011. In 2009 zijn twee themanummers van het tijdschrift *Behavioural Sciences and the Law* gewijd aan 'impulsiviteit en het recht' respectievelijk 'neurowetenschappen en de psychologie van morele besluitvorming en het recht' (nummer 26 en 27).

7 Morse 2011; Vincent 2010; alsmede Vincent 2013 in een recent themanummer van *Justitiële Verkenningen* over vrije wil en verantwoordelijkheid.

waar de verantwoordelijkheid voor het eigen gedrag begint en eindigt. Ook in het privaatrecht, dat het gedrag van mensen reguleert en ordent, is dit een relevante vraag. De groeiende kennis over en inzichten in de samenhang tussen hersenen en gedrag van mensen maken het van belang na te gaan op welke wijze neurowetenschappen een rol spelen in het privaatrecht. Volgens Jones, Buckholtz, Schall en Marois⁸ is het (in de VS) ook steeds gebruikelijker geworden om *brain images* te gebruiken in civiele rechtszaken. Dan gaat het bijvoorbeeld om het vaststellen van schade na een auto-ongeval, recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering of het aantonen van wilsonbekwaamheid in een conflict over een contract. Wij laten in dit hoofdstuk aan de hand van casus zien dat neurowetenschap in de civiele rechtspraak in Nederland eveneens een rol speelt. Daarbij besteden we ook aandacht aan valkuilen voor de rechtspraak die sommige auteurs verwachten. Het gaat dan om soms wel erg hoge verwachtingen van wat nieuwe technieken als MRI vermogen en ontijdig of foutief gebruik van neurobiologische gegevens.⁹

In paragraaf 2 schetsen we vanuit de internationale literatuur hoe op een aantal privaatrechtelijke gebieden de vraag naar de betekenis van neurowetenschappelijke informatie een rol speelt. Vervolgens presenteren we in paragraaf 3 enkele van de casus die we tegenkwamen in een verkennende empirische studie naar de betekenis van neurowetenschappelijke gegevens in de civiele rechtspraak in Nederland. Het geheel wordt in paragraaf 4 afgesloten met een aantal vragen en aandachtspunten voor de toekomst.

2 DE RELEVANTIE VAN NEUROWETENSCHAP VOOR HET PRIVAATRECHT

In deze paragraaf wordt, puttend uit de internationale literatuur en rechtspraak, geschetst op welke terreinen en op welke wijze neurowetenschap binnen het privaatrecht betekenis kan hebben. Daarbij komen aspecten van het aansprakelijkheidsrecht, het personen- en familierecht, het jeugdrecht, de meerderjarigenbescherming en het contractenrecht aan de orde.

2.1 *Neurowetenschap en aansprakelijkheid bij letselschade*

In civiele rechtszaken kan neurowetenschap bijdragen aan de onderbouwing van letselschade, bijvoorbeeld in aansprakelijkheidszaken waarin schadevergoeding wordt gevorderd. Het gaat dan zowel om vragen over de mate en ernst van het letsel, maar ook over de wijze waarop dit is veroorzaakt. Een Engels onderzoek naar een aantal gevallen van hoofdletsel

⁸ Jones, Buckholtz, Schall & Marois 2009.

⁹ Zie hierover ook Morse 2005 en 2011b; Jelicic & Merckelbach 2007; Haselager, Leoné & Van Toor 2013.

illustreert wat de bijdrage van neurowetenschappen kan zijn. Met behulp van neurowetenschappelijke technieken zoals MRI konden verschillende mogelijke oorzaken van verwondingen en/of de dood van jonge kinderen nauwkeuriger dan voorheen worden beschreven.¹⁰ Zo werden in enkele ‘shaken baby’-strafzaken in hoger beroep neurologische gegevens gebruikt om te betwisten dat een combinatie van drie specifieke typen verwondingen onder meer aan hersenweefsel en netvlies buiten gerede twijfel het gevolg was van hardhandig schudden.¹¹

In civiele rechtszaken moeten ook vaak beweringen over pijnklachten beoordeeld worden. Dit is onder meer het geval in de context van aansprakelijkheid voor producten, medische fouten, letselschade bij ongevallen en arbeidsgereleerd letsel.¹² Neurowetenschappelijk onderzoek richt zich op het objectiever meetbaar maken van subjectieve toestanden zoals pijn. Zo wordt er gewerkt aan de ontwikkeling van neurale maten van pijn en wordt bijvoorbeeld met fMRI (zie par. 2.3) onderzocht welke hersencircuits bij pijnervaringen actief zijn.

Het is nog toekomstmuziek, maar meer *evidence-based* maatstaven voor pijn zouden in bijvoorbeeld whiplash-letselschadezaken een welkome aanvulling zijn. Bij patiënten die lijden aan het post-whiplashsyndroom – door whiplash veroorzaakte pijnen en andere klachten die niet binnen zes maanden verdwijnen – zijn het letsel en de ernst ervan namelijk vaak moeilijk aan te tonen. Hetzelfde geldt voor het bestaan van een oorzakelijk verband met de ‘aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis’, meestal een verkeersongeval. Er is vaak niets te zien op röntgenfoto’s en scans. Volgens de richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologen (NVvN, 2007) zouden neurologen die als expert optreden in een rechtszaak geen percentages functieverlies aan moeten geven wanneer er geen ‘algemeen geaccepteerd substraat op neurologisch vakgebied aanwezig is’,¹³ dus wanneer er geen aantoonbare afwijkingen kunnen worden vastgesteld.¹⁴ Dit heeft geleid tot discussie tussen neurologen en juristen over de vraag of de neuroloog wel de aangewezen deskundige is om beperkingen vast te stellen in dit soort zaken, maar ook over de vraag welke richtlijnen het uitgangspunt zouden moeten zijn: de NVvN-richtlijnen uit 2007 of wellicht de – slachtoffervriendelijker – richtlijnen van de *American Medical Association* (AMA) uit 2008. Zo betoogde de neuroloog Vos¹⁵ dat de NVvN-whiplashrichtlijn dient te worden herzien, omdat afwijkingen met speciale MRI-technieken wel degelijk zichtbaar zijn en reageerde zijn collega Van den Doel¹⁶ dat dit voorbarig zou zijn, mede omdat onvoldoende

10 Zie Claydon 2011.

11 In *R v Harris, R v Rock, R v Cherry, R v Faulder* [2005] EWCA 1980.

12 Kolber 2007.

13 Van den Doel 2011a.

14 Zie ook Kolder 2008.

15 Vos 2011.

16 Van den Doel 2011b.

rekening wordt gehouden met de onzekerheid die het toepassen van nieuwe technieken met zich brengt. In de rechtszaal werden verschillende accenten gelegd. Dit constateerde Kolder¹⁷ een jaar na de inwerkingtreding van de nieuwe NVvN-richtlijnen en Schuurs¹⁸ stelde dit op basis van enkele meer recente rechtszaken in onder meer Amsterdam en Leeuwarden eveneens vast. Het Hof Amsterdam leek consistent in het oordeel dat er, ongeacht de ernst van de klachten, zonder functionele invaliditeit in neurologische zin geen letselschade is die voor vergoeding in aanmerking komt. Het Hof Leeuwarden voer in twee arresten in 2010 een andere koers door het juridisch oordeel niet direct te koppelen aan het medische oordeel conform de NVvN-richtlijnen. Het is aan de benadeelde om te bewijzen dat hij klachten heeft, deze moeten reëel zijn, niet ingebeeld, voorgewend of overdreven, maar ze hoeven niet te zijn geobjectiveerd in de zin van meetbare neurologische schade. Het klinische oordeel van een psychiater of een neuroloog werd in deze zaken voldoende geacht. In een recente whiplashzaak bevestigt het Hof Leeuwarden deze koers nog eens wanneer het stelt dat het ontbreken van een neurologisch substraat niet in de weg staat aan het vaststellen van beperkingen. Het voegt daaraan toe dat niet de neuroloog, maar de verzekeringsgeneeskundige de meest voor de hand liggende deskundige is op het gebied van de vaststelling van beperkingen.¹⁹ De neuroloog lijkt, wellicht mede dankzij de NVvN-richtlijn, aan betekenis te hebben verloren in sommige van dit soort zaken. Ook het feit dat meer recent de strenge lijn in Amsterdam niet consistent is doorgezet en in een post-whiplashzaak getuigenverklaringen voor het Hof volstaan om aan te nemen dat er sprake is van serieuze gezondheidsklachten, wijst in die richting.²⁰ Wellicht dat de subjectieve bepaling van pijn in de toekomst aangevuld kan worden met objectieve(re) neurale maten van pijn.

2.2 *Neurowetenschap en personen- en familierecht*

Gewoonlijk wordt ervan uitgegaan dat iemands geslacht strookt met zijn uitwendige kenmerken en meestal zijn de geslachtsbepalingen op basis van anatomie, chromosomen en bouw van de hersenen (dit laatste wordt ook wel aangeduid als ‘brainsex’) met elkaar in overeenstemming. Neurobiologisch onderzoek heeft echter laten zien dat dit niet altijd het geval is: of iemand zichzelf als man of als vrouw ervaart, hangt af van de bouw en het functioneren van bepaalde hersengebieden. Transseksuelen bijvoorbeeld, hebben ‘omke-

¹⁷ Kolder 2008.

¹⁸ Schuurs 2011.

¹⁹ Hof Leeuwarden 15 februari 2013, LJN: BZ0801. Deze lijn is gebaseerd op HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (ZA/De Greef).

²⁰ Een deskundige (psychiater) wordt gevraagd te onderzoeken of er toereikende grond bestaat om voor die klachten geheel of gedeeltelijk een andere oorzaak aan te wijzen dan een door het ongeval in kwestie veroorzaakte post-whiplashsyndroom (Hof Amsterdam 24 mei 2011, LJN: BP1034 en 26 maart 2013, LJN: BZ5517).

ringen van geslachtsverschillen in hun hersenen²¹ en uit onderzoek blijkt dat deze omgekeerde geslachtsverschillen overeenkomen met hoe de betrokkenen hun sekse/genderidentiteit ervaren en niet met het geslacht dat vermeld staat in hun geboorteakte.²² Deze inzichten hebben eraan bijgedragen dat de ‘traditionele’ binaire opvatting over geslacht steeds meer plaats heeft gemaakt voor genuanceerder opvattingen over sekse/gender in het familierecht. Dit heeft in een aantal zaken gevolgen gehad voor transseksuelen op huwelijks- en erfrechtelijk gebied. De uitspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) in *Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk*²³ heeft veel invloed gehad. In deze zaak werd onder meer neurobiologisch onderzoek aangevoerd in een beroep tegen de weigering van een Engels gerecht het verzoek in te willigen tot wijziging van het geslacht van verzoeker in diens geboorteakte. Het EHRM concludeerde dat deze weigering een inbreuk betekent op het recht op juridische erkenning van de ervaren geslachtsidentiteit van verzoeker en derhalve een schending van artikel 8 EVRM is. In reactie op deze uitspraak van het EHRM werd in 2004 in het Verenigd Koninkrijk de *Gender Recognition Act* ingevoerd die een juridische erkenning inhoudt van de geslachtsidentiteit van gender dysforen en reeds geopereerde transseksuelen. De *Act* maakt het mogelijk om de seksevermelding in de geboorteakte alsnog aan te passen. In Nederland bestaat de mogelijkheid om de vermelding van het geslacht in de geboorteakte te wijzigen sinds 1985.²⁴ Op 24 augustus 2012 is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend waardoor transgenders de vermelding van het geslacht op hun geboorteakte gemakkelijker kunnen wijzigen.²⁵ Wanneer deze zogenoemde ‘transgenderwet’ van kracht is geworden, vervalt de sterilisatie-eis en kan de ambtenaar van de burgerlijke stand de vermelding van het geslacht in de geboorteakte wijzigen: de gang naar de rechter is daarvoor dan niet meer nodig.²⁶ Een dergelijke administratieve procedure bestaat al in bijvoorbeeld Oostenrijk, België, Spanje, Portugal en het Verenigd Koninkrijk.

21 Aldus Swaab in de NRC van 23 april 2011.

22 O.a. Zhou, Hofman, Gooren & Swaab 1995; Cohen-Kettenis, Van Goozen, Doorn & Gooren 1998.

23 EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Christine Goodwin v het Verenigd Koninkrijk*), (2002) ECH 588 (11 July 2002) 13, p. 3, 56, p. 10, 81, p. 15. In Australië is de zaak *Re Kevin* waarin het ging om de geldigheid van een huwelijk van een man met een transseksuele achtergrond, op vergelijkbare wijze een belangrijke mijlpaal geweest voor transseksuelen.

24 Nuytink 2011.

25 Kamerstukken II 2012-2013, 33 351, nr. 6 (Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte).

26 Art. 28-28c BW (wetsvoorstel 33 351).

2.3 *Neurowetenschap en jeugdrecht, meerderjarigenbescherming en contractenrecht*

In het privaatrecht zijn concepten als wilsbekwaamheid, geestelijke stoornis, aansprakelijkheid en toerekenbaarheid van groot belang. Neurowetenschappelijk onderzoek, vaak in combinatie met psychologisch en gedragsonderzoek, houdt zich bezig met mentale vermogens die relevant zijn voor deze civielrechtelijke concepten. Drie voor het privaatrecht relevante terreinen passeren hier de revue. In de eerste plaats de ontwikkeling van mentale vermogens van jeugdigen in relatie tot de normale hersenontwikkeling gedurende de adolescentie. In de tweede plaats mentale veroudering en ziektebeelden of psychische stoornissen die de mentale vermogens aantasten (specifiek worden dementie en verslaving besproken) en in de derde plaats neurowetenschappelijke technieken waarmee mentale vermogens kunnen worden beïnvloed.

Ontwikkeling van het adolescentenbrein

Structurele Magnetic Resonance Imaging (sMRI) werkt door middel van sterke magnetevelden die de positie van waterstofatomen veranderen. Doordat verschillende weefsels hierop verschillend reageren, kan de anatomie tot in detail worden weergegeven. Door van een aantal personen op vaste intervallen hersenscans te maken, heeft men zich een beeld kunnen vormen van de hersenontwikkeling van baby tot volwassene. Een van de bevindingen was dat sommige hersengebieden, vooral die welke betrokken zijn bij besluitvorming, het afwegen van consequenties en het beheersen van impulsen, zich nog tot de leeftijd van begin-midden twintig ontwikkelen.²⁷ Dat is dus nog een ruim aantal jaren na het bereiken van de achttienjarige leeftijd die voor veel juridische handelingen de meerderjarigheid markeert.

Met functionele Magnetic Resonance Imaging (fMRI) worden de werkende hersenen in beeld gebracht door het *live* meten van veranderingen in bloedtoevoer. De methode is gebaseerd op de aanname dat lokale veranderingen in bloedtoevoer de activiteit van hersengebieden weergeven, omdat actief hersenweefsel toevoer van zuurstofrijk bloed vereist. Door deze techniek zijn nieuwe mogelijkheden ontstaan om psychologisch en gedragsonderzoek met hersenonderzoek te combineren. Een illustratie hiervan vormt onderzoek naar de ontwikkeling van beslissingsgedrag gedurende de adolescentie.²⁸ Proefpersonen uit verschillende leeftijdsgroepen voerden eenvoudige goktaken uit, terwijl met fMRI hun hersenactiviteit in kaart werd gebracht. In de experimenten konden proefpersonen met hun beslissingen kleine geldbedragen winnen. De hersenen van jongeren bleken bij het nemen van beslissingen anders te werken dan die van volwassenen. Jongeren waren

²⁷ Aronson 2007.

²⁸ Bijvoorbeeld Van Leijenhorst, Gunther Moor, Op de Macks, Rombouts, Westenberg & Crone 2010.

gevoeliger voor het vooruitzicht van een mogelijke beloning. De fMRI-resultaten lieten zien dat de ‘emotionele hersengebieden’ zich sneller ontwikkelen dan de prefrontale hersengebieden die de gedragsimpulsen controleren.²⁹ Dit zou verklaren waarom jongeren meer geneigd zijn tot het nemen van risico’s dan volwassenen: ze gaan voor de kick, maar kunnen hun gedrag nog niet goed reguleren. Dergelijk onderzoek geeft meer inzicht in de mentale vermogens van jongeren in het algemeen. Daarmee biedt het achtergrondkennis voor het verder ontwikkelen van de visie op bijvoorbeeld de beoordeling van wilsbekwaamheid van jongeren, het gezagsrecht en de meerderjarigheidsgrens. Het verklaren van individuele verschillen in gedrag en het voorspellen welke adolescent een verhoogde kans op risicogedrag heeft op basis van zijn of haar hersenactiviteit is op dit moment echter nog niet mogelijk.³⁰

‘Neuropredictie’ is ook op andere gebieden onderwerp van onderzoek.³¹ Dit betreft voorlopig nog wetenschappelijk onderzoek waarbij de aanvullende waarde van neurobiologische gegevens zoals MRI-gegevens op de huidige risicotaxatie-instrumenten wordt onderzocht. In de toekomst kan dergelijk onderzoek mogelijk ook voor bijvoorbeeld Bopz-zaken relevante kennis opleveren.

De meer algemene kennis over het ‘puberbrein’ dringt overigens al wel door in Nederlandse rechtszaken. Een voorbeeld vormt een zaak waarin de voorlopige ondertoezichtstelling wordt verzocht van een ernstig ziek kind van 15 jaar oud, dat vanwege zijn geloof geen toestemming verleent tot het toedienen van een bloedtransfusie.³² Ook zijn ouders weigeren toestemming. Op basis van informatie van de behandelend psychiater oordeelt de rechter dat sprake is van verminderde oordeelsbekwaamheid van de jongere. Het stadium van psychologische ontwikkeling van een jeugdige in deze leeftijd impliceert dat hij nog niet in staat is om zichzelf geheel los te zien van zijn ouders, het ouderlijk huis en zijn geloofsgemeenschap. De minderjarige vertoont een zodanig grote loyaliteit ten opzichte van zijn ouders en de in het gezin aangehangen, godsdienstige overtuiging, dat hij niet goed in staat geacht kan worden zijn eigen gedachten te scheiden van die van anderen. Hierbij speelt volgens de rechter het onvermogen tot relativeren, abstraheren en langetermijndenken van het puberbrein dat nog in aanbouw is een rol. Gevolg hiervan is, zo stellen de behandelend psychiaters vast, dat in dit stadium van psychologische ontwikkeling de minderjarige nog verminderd oordeelsbekwaam is. De voorlopige ondertoezichtstelling wordt verlengd en de rechter verleent vervangende toestemming voor de medische behandeling. Opvallend is dat de rechter hier niet met behulp van individuele diagnostische gegevens, maar met behulp van informatie over de neuro(psycho)logische ontwikkeling in het algemeen tot zijn uitspraak komt. In hoger beroep wordt anders geoordeeld: de

29 In een recente publicatie nuanceren Crone & Dahl (2012) het model van ‘frontale corticale onrijpheid’.

30 Van Leijenhorst 2010.

31 Nadelhoffer, Bibas, Grafton, Kiehl, Mansfield, Sinnott-Armstrong & Gazzaniga 2012.

32 Rb. Amsterdam 12 maart 2010, LJN: BL9136.

algemene gegevens over leeftijd en psychologische ontwikkeling die de rechtbank mee had gewogen voldoen niet om te concluderen dat de jongen in kwestie verminderd oordeelsbekwaam is.³³

Veroudering, ziektebeelden en mentale vermogens

In civiele rechtszaken moet in individuele gevallen een oordeel worden gevormd over wilsbekwaamheid bij het maken van een testament, het aangaan van een overeenkomst, of de weigering of acceptatie van een medische behandeling. Veelal betreft dit mensen met een verstandelijke handicap, psychische stoornis of een vorm van dementie.

Dementie is een klinische diagnose die gekenmerkt wordt door een belangrijke achteruitgang van de cognitieve vermogens die leidt tot merkbare beperkingen in de dagelijkse activiteiten.³⁴ Met dementie zal het privaatrecht in de komende decennia in toenemende mate te maken krijgen. Het aantal ouderen in de bevolking neemt toe, zowel in absolute zin als proportioneel. De prevalentie van dementie is bij ouderen van 65-69 jaar ongeveer 1,4-1,6% en neemt met de leeftijd toe tot prevalenties van 25% bij mensen van boven de 85 jaar en 50% bij mensen van 95 jaar.³⁵ Een toenemend aantal ouderen zal kampen met achteruitgang van cognitieve vermogens, vermindering van het oordeelsvermogen en gebrekkige impulsbeheersing als gevolg van dementie.

Naarmate de neurobiologische kennis over dementie toeneemt, zullen naar verwachting 'biomarkers', waaronder hippocampusatrofie op een MRI-scan en een typisch profiel van bepaalde biochemische stoffen in de liquor (het hersen- en ruggenmergvocht), een steeds belangrijker onderdeel worden van diagnostisch onderzoek bij dementie of voorstadia daarvan.³⁶ Ook zullen biomarkers deel uitmaken van het onderzoek ten behoeve van de vraag of iemand wilsbekwaam is in het kader van privaatrechtelijk handelen. Dit is althans de verwachting van dementieonderzoekers in de VS.³⁷ Tegelijkertijd is de rol van neurowetenschap beperkt en is een combinatie met andere disciplines nodig. Het is op dit moment bijvoorbeeld niet mogelijk om met behulp van MRI-scans op betrouwbare wijze een demente persoon met cognitieve problemen van een gezonde persoon te onderscheiden.³⁸ De MRI-scan kan wel helpen om een beeld te geven van de mate en het patroon van degeneratie van hersenweefsel, maar met behulp van een MRI alleen is het niet mogelijk om een voldoende indruk te krijgen van iemands mentale functioneren. Daarvoor is een vollediger onderzoek nodig waarbij cognitieve, gedragsmatige en emotionele aspecten aan bod komen en dat zich specifiek richt op mentale vermogens die relevant zijn voor het

33 Hof Amsterdam 31 augustus 2010, LJN: BN7966.

34 Lamar, Wortzel, Libon, Wambach, Price & Kumar 2012.

35 Ibid., Jonker, Slaets & Verhey 2009.

36 Jonker, Slaets & Verhey 2009.

37 Lamar et al. 2012.

38 Ganguli 2010.

juridisch handelen in kwestie.³⁹ Neurologisch en neuropsychologisch onderzoek vormen daarvan echter een belangrijk onderdeel.

In deze context is interessant dat Dekker, Zuiderhoudt en Van Marle⁴⁰ er in Nederland voor pleiten om voor het privaatrechtelijke en gezondheidsrechtelijke begrip 'wilsbekwaamheid' en het strafrechtelijke 'toerekeningsvatbaar' één vragenlijst te ontwerpen die uitgaat van het neuropsychiatrisch functioneren van de hersenen ten aanzien van wils- en handelingsbeslissingen. Bij de beoordeling van toerekeningsvatbaarheid moet vastgesteld worden of sprake is van een stoornis en of er emotionele en motorische controle, alsmede besef en inzicht bestaat in bijvoorbeeld de aard en ernst van het delict. Bij de beoordeling van wilsbekwaamheid wordt er ook gekeken naar de (eventueel gestoorde) gezondheids-toestand, het vermogen tot beseffen en waarderen van informatie om een keuze te maken en het inzicht in de gevolgen van die keuze. Voor beide begrippen zijn bij het maken van een keuze van belang het overwegen van alternatieven, het handelen op grond daarvan ('beslissen'), het duidelijk hebben ('zich bewust zijn van') van de motieven en het nemen van verantwoordelijkheid voor de keuze. Hierin ligt volgens de auteurs de gezamenlijke basis van het beoordelen vanuit wilsbekwaamheid en toerekeningsvatbaarheid. De toerekeningsvatbaarheid kan daarmee in medische zin gezien worden als de strafrechtelijke variant van de wilsbekwaamheid en bij het vaststellen van beide toestandsbeelden kunnen daarom door gedragsdeskundigen dezelfde beoordelingscriteria worden gebruikt. Toch is er weinig sprake van kruisbestuiving tussen onderzoek naar wilsbekwaamheid respectievelijk toerekeningsvatbaarheid. Het werk van Meynen vormt een uitzondering.⁴¹

Naast de reeds genoemde rol in de diagnostiek van dementie, verslaving en andere psychische stoornissen kan neurowetenschappelijk onderzoek ook bijdragen aan het inzicht in de invloed die dergelijke psychische stoornissen hebben op iemands beslissingen en gedragskeuzen. Een illustratie daarvan vormt het onderzoek naar verslaving. Onderzoek naar neurobiologische en psychologische mechanismen van verslaving heeft in de laatste decennia de visie op verslaving en hoe daar maatschappelijk mee om te gaan in belangrijke mate beïnvloed. De auteurs van het *Handboek verslaving* geven aan dat 'waar verslaving vroeger vaak werd afgedaan als karakterzwakte, de nieuwe inzichten binnen de psychologie en psychiatrie verslaving nu duidelijk als stoornis op de kaart hebben gezet'.⁴² Verslaving gaat samen met verstoorde gedragskeuzen, waarbij in verschillende hersengebieden afwijkingen worden gevonden. Neurobiologisch onderzoek laat zien dat bij verslaafden

39 Moberg & Rick 2008; Ruissen, Meynen & Wildershoven 2011. Laatstgenoemden geven in hun literatuuroverzicht aan dat er binnen de psychiatrie verschillende perspectieven bestaan op wilsbekwaamheid. Het perspectief dat de nadruk legt op cognitieve vermogens domineert in de literatuur, maar daarnaast is er aandacht voor de invloed van emoties en waarden (zie ook Welie 2002).

40 Dekker, Zuiderhoudt & Van Marle 2011.

41 Onder andere Meynen 2010.

42 Franken & Van den Brink 2009.

‘beloningsgebieden’ in de hersenen ontregeld zijn, evenals de gebieden die hen in staat stellen impulsen te beheersen.⁴³ De discussie over de vraag in hoeverre en onder welke omstandigheden middelenmisbruik als ziekte is op te vatten en de rol van neurobiologische kennis daarbij, is ook terug te vinden in rechtszaken over arbeidsrechtelijke conflicten.⁴⁴

Dat deze kennis uit neurowetenschappelijk onderzoek ook door juristen wordt opgepikt bij de vormgeving en toepassing van rechtsregels, wordt tevens geïllustreerd door Wagner-von Papp (2009) in zijn hoofdstuk over zelfbinding bij gokverslaafden. Dat verslaafden vanwege de genoemde neurobiologische afwijkingen minder in staat zijn om hun verslaving te weerstaan biedt volgens hem een basis voor juridische regelingen voor zelfbinding om te voorkomen dat een gokverslaafde zichzelf bankroet speelt. Het gaat hier dus om het voorkomen van (nog grotere) problemen door de overeenkomst proactief als een instrument in te zetten. Zogenoemde zelfuitsluitingsovereenkomsten tussen een gokverslaafde en een casino, waarbij de gokverslaafde zich verbindt om niet terug te komen in het casino, moeten mede om die reden nageleefd en gehandhaafd worden. Interessant is dat de Rechtbank Utrecht in een zaak tussen een gokverslaafde en Holland Casino oordeelde dat een dergelijke overeenkomst op een later moment kon worden gewijzigd, maar dat het casino wel aansprakelijk was vanwege een schending van de zorgplicht.⁴⁵

Neurologische technieken en het ‘aan- en uitzetten’ van wilsbekwaamheid

Zoals in de inleiding al werd aangestipt, roepen voortschrijdende neurotechnologische ontwikkelingen ethisch-juridische vragen op. In de literatuur wordt een medische casus beschreven van een 62-jarige man die leed aan de ziekte van Parkinson en bij wie medicatie onvoldoende hielp.⁴⁶ De betrokkene kreeg uiteindelijk een DBS-behandeling. Meteen na aanvang daarvan begon betrokkene euforisch en ontremd gedrag te vertonen dat na verloop van tijd in toenemende mate tot problemen leidde. Zo gaf hij grote sommen spaargeld uit aan kleding en uitgaan, ging buitenechtelijke relaties aan en kocht hij meerdere vakantiehuizen, ondanks een beperkte arbeidsongeschiktheidsuitkering. Ook kocht hij auto's en raakte daarmee betrokken bij verkeersongelukken. De betrokkene werd opgenomen en er werd een ‘licht manisch beeld’ geconstateerd. Het manische beeld kon worden ‘uitgezet’ door de DBS uit te zetten, in die toestand kon de patiënt ook reflecteren op zijn ‘onverantwoorde gedrag’ tijdens de DBS en kon hij volgens de auteurs als wilsbekwaam worden beschouwd. Hij kreeg dan echter ook de ernstige Parkinsonklachten terug. De patiënt moest als het ware kiezen tussen lichamelijke en psychische gezondheid. Hij koos er uiteindelijk voor om de DBS-behandeling voort te zetten, omdat zijn lichamelijke klachten

43 Zie voor een beknopt overzicht daarvan Van de Wetering, Franken & Van den Brink 2009.

44 Bijvoorbeeld Hof Den Bosch 15 mei 2012, LJN: BW5874, CRvB 3 december 2004, LJN: AR8768.

45 Rb. Utrecht 17 augustus 2011, LJN: BR6197.

46 Leentjes, Visser-VandeWalle, Temel & Verhey 2004.

dan verminderden en zijn gevoel van welbevinden versterkt werd. Dit betekende wel dat hij voor een permanent verblijf zou worden opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis, waarbij vanwege zijn manie bewindvoering en mentorschap werden toegestaan door de rechter.

3 DE PRAKTIJK VAN CIVIELE RECHTSZAKEN IN NEDERLAND

3.1 *Typen civiele zaken waarin neurowetenschappelijke informatie aan de orde komt*

Om de vraag te beantwoorden in hoeverre neurowetenschappen in de Nederlandse civiele rechtspraak een rol spelen, putten we uit een jurisprudentieonderzoek waarin ruim 300 zaken zijn bestudeerd waarin neurowetenschappelijke informatie aan de orde komt.⁴⁷ In het navolgende bespreken we a) de (on)mogelijkheden in het kader van de bescherming van meerderjarigen, b) het aangaan van een overeenkomst onder invloed van een geestelijke stoornis en c) wilsbekwaamheid in de context van (obligatoire) rechtshandelingen en testamenten. De laatste twee onderwerpen hebben met elkaar gemeen dat ter discussie staat of de betrokkene voldoende in staat is zijn wil te bepalen en te beslissen op basis van een enigszins verantwoorde belangenafweging.

De door ons onderzochte 'beschermingszaken' betreffen de vraag of een persoon die lijdt aan bepaald hersendysfuncties tegen zichzelf moet worden beschermd of dat de maatschappij tegen hem moet worden beschermd. Het gaat hierbij onder meer om BOPZ-zaken.⁴⁸ Moet een voorlopige machtiging worden verleend om de betrokkene op te nemen of zijn verblijf in een instelling te verlengen, gelet op zijn medische toestand? Ook komt voor dat achteraf ter toetsing aan de rechter de vraag wordt voorgelegd of een betreffende opname wel normconform was in het kader van aansprakelijkheid wegens een onjuiste medische behandeling. Bij de vraag of voldaan is aan de wettelijke norm voor gedwongen opname komt vaak aan de orde wat de mogelijkheden en onmogelijkheden zijn van de betrokkene, gelet op de stoornissen waar hij aan lijdt en de invloed daarvan op zijn gedrag. Bij meerderjarigenbescherming (curatele, bewind en mentorschap) staat primair de bescherming van de betrokkene voorop. De juridische maatstaf is of de betrokkene door een lichamelijke of geestelijke stoornis niet voldoende in staat is zijn eigen belangen te behartigen.⁴⁹ Daarbij gaat het om de tweeledige vraag of er sprake is van een geestelijke

⁴⁷ Zie De Kogel, Schrama & Smit 2011.

⁴⁸ De BOPZ-zaken worden hier genoemd, ook al is het geen privaatrechtelijk onderwerp, omdat het voor de rol die neurowetenschappen spelen, dicht aan ligt tegen de meerderjarigenbescherming.

⁴⁹ Art. 1:378 BW voor curatele; art. 1:431 BW inzake bewind; art. 1:450 BW voor mentorschap.

stoornis en of die stoornis aan een behoorlijke behartiging van de belangen in de weg staat.⁵⁰

Zoals uit paragraaf 2.3 naar voren komt, zal het onderwerp wilsbekwaamheid aan belang winnen, gelet op de groeiende groep ouderen. Dat roept voor verschillende rechtsgebieden vragen op, waaronder de belangrijke kwestie hoe het normatieve juridische begrip in de praktijk geoperationaliseerd moet worden.⁵¹ Als het tot een rechtszaak komt, ligt die vraag uiteindelijk ter beantwoording bij de rechter. Wilsbekwaamheid is niet in één centraal begrip in de wet geregeld. Verschillende rechtsgebieden kennen vergelijkbare regelingen.⁵² In het gezondheidsrecht geldt bijvoorbeeld artikel 7:450 lid 3 BW, waar centraal staat of de betrokkene in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen.⁵³ In andere wettelijke regelingen in het gezondheidsrecht is een soortgelijke regeling opgenomen.⁵⁴ In de meerderjarigenbescherming wordt vrij vertaald aangeknoopt bij een geestelijke of lichamelijke stoornis waardoor de betrokkene niet in staat is zijn belangen voldoende te behartigen.⁵⁵ In het algemene vermogensrecht wordt ook aansluiting gezocht bij de geestelijke stoornis onder invloed waarvan de betrokkene onvoldoende in staat is zijn belangen te behartigen (art. 3:34 BW).

Bij de zaken waarin de wilsbekwaamheid van de betrokkene ter discussie staat, is de vraag veelal of een bepaalde rechtshandeling achteraf kan worden aangetast, omdat sprake was van wilsonbekwaamheid. Voor de vraag welke betekenis neurowetenschappen spelen of zouden kunnen gaan spelen, is van belang een onderscheid te maken tussen verschillende rechtsvragen. Binnen het privaatrecht kan het gaan om het sluiten van een formele relatie (huwelijk of geregistreerd partnerschap), het opstellen van een testament, het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden, het aangaan van contracten en handelingen op het terrein van de zorg (bijvoorbeeld het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst). In het navolgende geven we enkele concrete voorbeelden van civiele rechtszaken waarin neurowetenschappelijke kennis een rol speelt.

50 Hof Den Bosch 28 april 2009, LJN: BI2766: Op grond van het vorenstaande stelt het hof vast dat appellante wegens vroeg niet-aangeboren hersenletsel verstandelijk gehandicapt is in de zin dat er sprake is van een structureel tekort van haar verstandelijke vermogens, hetgeen is te kwalificeren als een geestelijke stoornis in de zin van de wet. Voorts dient te worden vastgesteld of de geestelijke stoornis een beletsel voor appellante vormt voor een behoorlijke behartiging van haar belangen.

51 Zie ook Welie 2002.

52 Dekker, Zuiderhoudt & Van Marle 2011; Welie 2002.

53 Welie 2002.

54 Bijv. art. 7:465 leden 2 en 3 BW, art. 38 Wet Bijzondere Opnemings in Psychiatrische Ziekenhuizen.

55 Art. 1:378 BW voor curatele; art. 1:431 BW inzake bewind; art. 1:450 BW voor mentorschap.

3.2 *Bescherming van meerderjarigen*

We zien dat in een aantal zaken waarbij een beschermingsmaatregel voor meerderjarigen in het kader van dementie aan de orde is, neurowetenschappelijke informatie een rol speelt. Zo is door het Hof Den Bosch bepaald dat frontotemporale dementie, een neurologische aandoening, als een geestelijke stoornis kan worden beschouwd en daarmee een grond kan vormen voor ondercuratelestelling.⁵⁶

In een aantal dementiezaken speelt neuropsychologisch en neurologisch onderzoek een rol bij het preciezer in beeld krijgen of iemand een zodanige 'belemmeringen met betrekking tot zijn of haar geestestoestand' ondervindt dat deze ervoor zorgen dat betrokkene zijn of haar financiële belangen en/of andere belangen niet kan behartigen en die daarom grond opleveren voor bijvoorbeeld onderbewindstelling van het vermogen of mentorschap. Zo blijkt in een zaak van het Hof Amsterdam,⁵⁷ waarin een beschikking tot onderbewindstelling wordt bestreden, uit neuropsychologisch onderzoek dat er bij de betrokkene sprake is van een licht vertraagde informatieverwerking, mogelijke werkgeheugenproblemen en een licht verhoogde interferentiegevoeligheid (afleidbaarheid). Er zijn echter geen aanwijzingen voor een dementieel beeld en ook was niet gebleken dat betrokkene voorafgaand aan de onderbewindstelling schulden had gemaakt. Het hof vernietigt op basis van deze bevindingen de beschikking tot onderbewindstelling van het vermogen.

In een Bopz-zaak die wordt behandeld door de Hoge Raad komt de betrokkene op tegen een machtiging tot voortgezet verblijf.⁵⁸ De betrokkene betwist de juistheid van de diagnose in de geneeskundige verklaring. Volgens de behandelend psychiater is de psychiatrische problematiek in deze zaak door vier deskundigen vastgesteld. Uit de laatste MRI-scan zou zijn gebleken dat sprake is van frontotemporale dementie. De behandelend psychiater A is aan de hand van de MRI-scan tot de conclusie gekomen dat er MRI-technisch meer aanwijzingen zijn voor Alzheimer. De klinisch psychiater B heeft de psychische problemen beoordeeld. Klinisch zijn er meer aanwijzingen voor frontotemporale dementie. Daarnaast is volgens de behandelend psychiater A neuropsychologisch onderzoek gedaan door D, waaruit bleek dat sprake is van cognitieve verslechtering. De rechtbank heeft de verzochte machtiging verleend en overwoog 'dat betrokkene lijdt aan een stoornis van zijn geestvermogens. Door een viertal deskundigen is dementie vastgesteld. Daarnaast blijkt uit neuro-psychologisch onderzoek dat sprake is van toenemende cognitieve beperkingen. Tevens is er sprake van gedragsstoornissen'. De rechtbank verwacht dat deze stoornis gezien zijn aard ook na het verlopen van de geldigheidsduur van de lopende machtiging aanwezig zal zijn en acht betrokkene een gevaar voor de psychische gezondheid van anderen, en ziet gevaar voor ernstige zelfverwaarlozing en maatschappelijke teloorgang.

⁵⁶ Hof Den Bosch 23 februari 2006, LJN: AV4218.

⁵⁷ Hof Amsterdam 9 maart 2010, LJN: BL9445.

⁵⁸ HR 12 februari 2010, LJN: BK8104.

Betrokkene heeft geen ziektebesef, hij meent dat hij slechts somatische behandeling behoeft. In cassatie draait het vooral om het weigeren door de rechtbank van het verzoek van betrokkene tot contra-expertise. Dit verzoek wordt door de Hoge Raad als terecht beoordeeld en het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd, maar de zaak laat zien dat neuro-informatie een rol speelt.

In een andere zaak heeft de officier van justitie een verzoek ingediend tot het verlenen van een voorlopige machtiging voor het doen opnemen van de betrokkene in een verpleeg-inrichting.⁵⁹ Uit de geneeskundige verklaring blijkt dat de betrokkene de diagnose ‘psycho-organische storingen door gebruik van middelen’ heeft, waarbij hij lijdt aan blijvende cognitieve stoornissen op basis van een hersenaandoening, maar de schade is niet aantoonbaar op een MRI-scan. De rechter wijst het verzoek af met de overweging dat uit de geneeskundige verklaring en het verhandelde ter zitting onvoldoende duidelijk is geworden dat de cognitieve stoornissen zodanig zijn dat het denken, voelen, willen, oordelen en doelgericht handelen van de betrokkene daardoor zo ingrijpend zijn beïnvloed dat vrijheidsontneming gerechtvaardigd is. Daarbij speelt een rol dat de betrokkene twee jaar geen alcohol meer had gebruikt en dat de toenmalige situatie van ernstige verwaarlozing specifiek aan een tumor lag.

In de hiervoor besproken zaken valt op dat de neurologische en neuropsychologische gegevens onderdeel zijn van een meer algemene rapportage over de betrokkene en zijn gedrag. Bij de rapportage worden verschillende disciplines betrokken en er worden verschillende methoden en instrumenten gebruikt.

3.3 *Het aangaan van overeenkomsten onder invloed van een geestelijke stoornis*

Meerderjarigen die niet onder curatele zijn gesteld zijn handelingsbekwaam (art. 3:32 BW). Dat betekent dat een persoon juridisch in staat is om onaantastbare rechtshandelingen te verrichten. Een daarvan te onderscheiden begrip is de feitelijke onbekwaamheid, die geregeld is in artikel 3:34 BW. Normaal gesproken komt een rechtshandeling tot stand door een op rechtsgevolg gerichte wil en een daarmee overeenstemmende verklaring (art. 3:33 BW). Van deze hoofdregel wordt afgeweken in artikel 3:34 BW, waar een regeling is opgenomen voor de situatie waarin de handelende persoon onder invloed van een geestelijke stoornis een rechtshandeling verricht. In het geval een persoon iets heeft verklaard onder invloed van een geestelijke stoornis wordt de wil die met de afgelegde verklaring overeenstemt geacht te ontbreken, indien de stoornis een redelijke waardering van de relevante belangen belette of indien de handeling onder invloed van de geestelijke stoornis is gedaan.

⁵⁹ Rb. Den Haag 1 juli 2008, LJN: BI9984.

Dat laatste wordt vermoed indien de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig was, tenzij dat nadeel op het tijdschap waarop de rechtshandeling werd verricht, redelijkerwijs niet te voorzien was (art. 3:34 lid 1 laatste zin BW). Of een geslaagd beroep op artikel 3:34 BW er uiteindelijk toe leidt dat de rechtshandeling of overeenkomst kan worden aangetast, wordt bepaald door artikel 3:35 BW. Een interessante vraag is hoe kan worden vastgesteld dat sprake is van handelen onder invloed van een geestelijke stoornis. In de literatuur wordt niet op die vraag ingegaan, net zo min als op de vraag wat onder een geestelijke stoornis kan vallen.⁶⁰

In de (lagere) rechtspraak wordt nader invulling gegeven aan het vereiste dat een bepaalde rechtshandeling onder invloed van een geestelijke stoornis is verricht. De wijze waarop het begrip geestelijke stoornis wordt ingekleurd, varieert van zaak tot zaak. Daarbij speelt een rol dat in het burgerlijke procesrecht een vrije bewijsleer geldt en in beginsel geen beperking geldt voor de wijze waarop procespartijen hun stellingen onderbouwen.⁶¹ Aan de hand van medische rapportages kan de eiser trachten aan te tonen dat sprake is van een artikel 3:34 BW-situatie, maar ook verklaringen van getuigen kunnen worden ingebracht. Het is aan de rechter om het bewijs te waarderen en uiteindelijk tot een oordeel te komen. In de rechtspraktijk worden in een aantal gevallen veel (medische) feiten uit verschillende bronnen aangevoerd,⁶² maar er zijn ook zaken waarin eiser tracht de geestelijke stoornis met andere feiten aannemelijk te maken.⁶³ Een voorbeeld daarvan is een zaak in kort geding over een woningruil onder invloed van een geestelijke stoornis. De woningruiler betoogde dat sprake was van een rechtshandeling die onder invloed van een stoornis was verricht. Ten bewijze werden verschillende verklaringen overgelegd en was uit een neuropsychologische test gebleken dat sprake was van lichte beperkingen in het executief functioneren waardoor de man verminderde planningsvaardigheden heeft en moeite heeft met overzicht over taken te houden.⁶⁴ De rechter oordeelt evenwel dat los van de vraag of van een geestelijke stoornis sprake was, de wederpartij bescherming toekomt ex artikel 3:35 BW.

60 Bijv. Asser/Hartkamp/Sieburgh 2010.

61 Art. 152 lid 1 Rv.

62 Hof Den Haag 21 december 2010, LJN: BO8247 (beroep op art. 3:34 gehonoreerd); Rb. Amsterdam 10 september 2008, BF0620 (verklaringen van medische deskundigen waaronder een psychiater tegenover een verklaring van een niet-deskundige; geestelijke stoornis wordt aangenomen); Rb. Rotterdam 14 maart 2012, LJN: BW0365 (rapportage onderzoekscentrum op basis van psychologische testen, niet gehonoreerd); Rb. Rotterdam 11 februari 2009, LJN: BH5452 (medische verklaring deskundige inzake manisch-depressieve stoornis, waarbij een rol speelt dat een particulier voor € 60.000 aan meubels had gekocht; vermoeden van aangaan koop onder invloed geestelijke stoornis).

63 Rb. Alkmaar 30 mei 2012, LJN: BW8634: opzegging arbeidsovereenkomst: geen medische verklaringen, operatie en schuldsaneringstraject zijn onvoldoende, zeker nu er een maand na de opzegging de tijd was om erop terug te komen.

64 Rb. Arnhem 22 juni 2011, LJN: BR0129.

In een handelszaak over een behandelingsovereenkomst tussen een Duitse tandarts en een Nederlandse 78-jarige vrouw over de betaling van een rekening voor het plaatsen van implantaten, speelt onder meer de vraag of de vrouw ten tijde van het aangaan van de overeenkomst *compos mentis* was. Volgens de rechter volgt uit een verslag van een neuropsychologisch onderzoek van betrokkene, waarin gewag wordt gemaakt van lichte begripsproblemen en een verminderd concentratievermogen, dat zij weliswaar aan enkele cognitieve stoornissen lijdt, maar dat haar bewustzijn helder is en haar denken coherent. De vrouw, die op eigen initiatief een tandarts bezocht voor een second opinion en die zelfstandig per auto naar de tandarts kwam voor de behandelingen, moet de tandarts betalen.⁶⁵

In de door ons bestudeerde zaken van dit type lijken de neurowetenschappen in de rechtspraktijk een beperkte rol te spelen.

3.4 *Wilsbekwaamheid in de context van testamenten*

Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, waarvoor wilsbekwaamheid van de betrokkene vereist is op het moment van het verlijden van de akte (art. 4:55 lid 3 BW). Als bewezen wordt dat de betrokkene kort vóór en kort na het maken van de uiterste wil zijn verstandelijke vermogens miste, geldt dit als voldoende vermoeden om aan te nemen, dat deze vermogens ook op het ogenblik van het maken van de uiterste wil ontbraken.⁶⁶ In de literatuur wordt opgemerkt dat het om een blijvend gebrek aan verstandelijke vermogens kan gaan, maar ook om een tijdelijke stoornis.⁶⁷ Op grond van artikel 3:34 BW kan een uiterste wilsbeschikking nietig zijn wegens een discrepantie tussen de wil van de testateur en diens verklaring zoals die in een uiterste wil is neergelegd. In een aantal zaken in de jurisprudentie over dit onderwerp blijkt neurologische informatie een rol te spelen in samenhang met andere medische gegevens en verklaringen.

Een voorbeeld daarvan is de volgende zaak. Op 84-jarige leeftijd herroept de erflater zijn eerder gemaakte testamenten, waarbij hij zijn partner tot enig erfgenaam benoemt en aan zijn dochter een legitieme portie toekent die pas opeisbaar is na het overlijden van zijn partner.⁶⁸ In deze zaak gaat het om de vraag of het testament nietig is vanwege het feit dat het tot stand gekomen is onder invloed van een geestelijke stoornis in de zin van artikel 3:34 BW. Eiser komt met verschillende verklaringen van medisch deskundigen. De recht-

⁶⁵ Rb. Arnhem 24 januari 2007, LJN: AZ9469.

⁶⁶ Asser-Perrick 2009.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Rb. Den Haag 25 januari 2012, LJN: BV2938.

bank neemt op basis van de feiten en de oordelen van de deskundigenrapportages, die voor een deel gebaseerd zijn op neuropsychologische testen, aan dat erflater bij het opstellen van het testament al in een matig tot ernstig stadium van Alzheimer-dementie was, met alle gevolgen van dien voor de wilsbekwaamheid. De rechtbank voegt hieraan toe dat voor een patiënt met Alzheimer – mede daardoor gekenmerkt dat er ook nog heldere momenten zijn of lijken te zijn, en dat de patiënt veelal een beperkt ziektebesef heeft en/of façadegedrag vertoont – veel moeilijker is om daadwerkelijk de wil te bepalen ten aanzien van een complexe beslissing dan ten aanzien van een eenvoudige dagelijkse beslissing, omdat een door de ziekte van Alzheimer aangetast brein de consequenties van een complexe beslissing aanzienlijk minder goed zal kunnen overzien. Daarbij weegt mee dat dit laatste testament een drastische erfrechtelijke ommezwaai inhield ten opzichte van het voorlaatste testament. Gedaagde werd toegelaten tot nadere bewijslevering door het horen van getuigen; de uitkomst van deze zaak is niet bekend.

In een andere zaak ging het om de vraag of het testament nietig was, omdat het tot stand zou zijn gekomen onder invloed van een geestelijke stoornis als gevolg van een herseninfarct van de erflaterster. In dit testament heeft erflaterster haar kinderen onderdijf en haar zus tot enig erfgenaam benoemd. De verschillende deskundigen spreken elkaar tegen op het punt van wilsbekwaamheid.⁶⁹ Tot het dossier behoren een CT-scan en een ECG van de hersenactiviteiten, die indirect in de oordeelsvorming betrokken zijn. Het hof oordeelt na het waarderen van de verschillende verklaringen dat sprake was van wilsonbekwaamheid. Het testament was dus nietig.

Bij dit type zaken is er potentieel veel vermogensrechtelijke winst of verlies in het vooruitzicht, met name voor de (potentiële) erfgenamen en zijn er twee partijen met loodrecht tegenover elkaar staande belangen. Daarnaast is kenmerkend de verplichte tussenkomst van de notaris, die een rol heeft bij het vaststellen van de wilsbekwaamheid van de erflater, maar die tegelijkertijd een cliënt heeft met de wens een testament op te stellen. Het beoordelen van wilsbekwaamheid is geen sinecure, zelfs niet met de protocollen die in dit verband zijn opgesteld om meer houvast te bieden. Meer specifiek speelt dat het achteraf vaststellen van de wilsbekwaamheid op het moment dat het testament werd opgesteld, moeilijkheden oplevert, zeker wanneer er veel tijd is verstreken tussen de aantasting en het opstellen.

69 Hof Den Bosch 13 december 2011, LJN: BX5828; Hof Den Bosch 28 augustus 2012, LJN: BX5905.

3.5 *Wilsbekwaamheid in de context van het aangaan van een formele relatie*

Centraal staat in deze zaken de vraag of de geestvermogens van de echtgenoot zodanig gestoord waren dat hij niet in staat was zijn wil te bepalen of de betekenis van de huwelijksverklaring te begrijpen (art. 1:32 BW). In een zaak waarin het Openbaar Ministerie verzocht om nietigverklaring van het huwelijk van een tante op leeftijd met haar achterneef, betrok de rechtbank expliciet haar oordeel dat het aangaan van het huwelijk een complexe beslissing betreft met grote (financiële en emotionele) consequenties.⁷⁰ De medisch deskundigen geven aan het moeilijk te vinden om met terugwerkende kracht te bepalen of iemand op een tijdstip in het verleden wilsbekwaam was. De klinisch geriater komt mede op basis van een neuropsychologisch onderzoek tot zijn oordeel over dementie.⁷¹ De rechtbank komt uiteindelijk tot de conclusie dat de vrouw niet wilsbekwaam was. In hoger beroep neemt het hof de bevindingen van de deskundige over en oordeelt op grond daarvan dat de geestvermogens van de vrouw niet alleen op het moment dat deze zijn diagnose stelde, maar ook al ten tijde van de huwelijksvoltrekking zodanig gestoord waren, dat zij niet in staat was haar wil te bepalen of de betekenis van haar verklaring te begrijpen.⁷²

In een andere zaak is de eiser 91 jaar oud en woont hij in een verzorgingstehuis, waar de 85-jarige eiseres als vrijwilligster werkt. Zij willen trouwen, maar de kinderen van de man hebben het huwelijk gestuit. De man vordert bij de voorzieningenrechter opheffing van de stuiting, zodat de weg vrij staat om een huwelijk te sluiten. De rechter oordeelt dat de geestvermogens van de vader toereikend zijn.⁷³ Hoe komt hij tot dat oordeel? Uit onderzoek van een klinisch geriater komt naar voren dat de vader wilsbekwaam is en dat er geen huwelijksbeletsel aanwezig is. Een tweede klinisch geriater trekt op het punt van wilsbekwaamheid geen conclusie, maar de rechter oordeelt dat de bevindingen niet duidelijk afwijken van de eerste rapportage. Interessant is dat de kinderen zich beroepen op een medisch rapport van een aantal jaren terug, waarin op grond van een klinisch beeld, een MRI-scan en neuropsychologisch beeld een beginnend stadium van dementie werd vastgesteld. De rechter gaat aan dit rapport voorbij, nu hierin, in tegenstelling tot in de twee latere onderzoeken, niet de vraag centraal stond of de geestesgesteldheid van de man in de weg staat aan het aangaan van een huwelijk. Tot slot overweegt de rechter dat de eerste deskundige twijfelt over de diagnose dementie en dat de vader ter zitting blijkt geeft van alleszins voldoende tegenwoordigheid van geest.

⁷⁰ Rb. Utrecht 24 november 2010, LJN: BO6170.

⁷¹ Een vergelijkbare zaak over dementie en huwelijk: Rb. Utrecht 13 april 2011, LJN: BQ0539.

⁷² Hof Arnhem 4 april 2012, LJN: BW6572.

⁷³ Rb. Dordrecht (ktg.) 25 oktober 2007, LJN: BB6577.

In een zaak die hierop lijkt, maar die speelt tussen partners onderling, probeert de man zelf een door hem aangegaan geregistreerd partnerschap achteraf te vernietigen wegens gestoorde geestvermogens ten tijde van de sluiting.⁷⁴ Hij slaagt in het bewijzen daarvan met een deskundigenrapportage die gebaseerd is op neuropsychologische testen en klinisch en radiologisch onderzoek waaruit blijkt dat de man lijdt aan Alzheimer. Ten tijde van de sluiting van het geregistreerd partnerschap was de man volgens de deskundige niet in staat om zijn wil te bepalen. De door de vrouw ingeschakelde deskundige komt tot een ander oordeel. Hoewel deze expert het aannemelijk oordeelt dat de man leed aan dementie, is het volgens hem niet mogelijk om op betrouwbare wijze, zonder de beschikking van een psychiatrisch onderzoek rond de datum van het aangaan van het geregistreerd partnerschap, de wilsbekwaamheid van betrokkene achteraf te beoordelen. Het lijkt er volgens deze deskundige niet op dat de man op alle onderdelen wilsonbekwaam was.

De rechter merkt op dat het moeilijk is om met terugwerkende kracht te bepalen of iemand op een tijdstip in het verleden wilsbekwaam was. Bij de ziekte van Alzheimer past in het algemeen een geleidelijke achteruitgang, maar dit kan in een concreet geval anders zijn.

De rechtbank acht de stellige conclusies van de door de man geraadpleegde expert van meer gewicht dan vermelde feitelijke non-conclusie van de door de vrouw ingeschakelde deskundige. De vrouw is er niet in geslaagd tegenbewijs te leveren op de stelling van de man dat zijn geestvermogens ten tijde van het aangaan van het geregistreerd partnerschap zodanig waren gestoord dat hij niet in staat was om op dat moment zijn wil te bepalen of de betekenis van zijn verklaring te begrijpen. Het geregistreerd partnerschap wordt nietig verklaard.

Enigszins inconsequent lijkt de gang van zaken ondertussen wel, nu de man, die lijdt aan een progressieve ziekte, op een later moment in staat is om een voordien gesloten geregistreerd partnerschap te laten nietig verklaren op grond van eerdere wilsonbekwaamheid, zonder dat wordt ingegaan op de wilsbekwaamheid van de man op het latere moment.

Ook in deze zaken staat er vermogensrechtelijk veel op het spel (erfrechtelijke positie, gemeenschap van goederen, alimentatie na scheiding, eventueel pensioen), niet alleen voor de betrokkene zelf, maar ook voor zijn erfgenamen. Bovendien staan ook hier twee partijen tegenover elkaar, waarbij het gelijk van de een, het ongelijk van de ander inhoudt. Tussentwischen zijn er nauwelijks: hoewel de nietigverklaring qua gevolgen met een beroep op de goede trouw van de andere echtgenoot als een echtscheiding kan gelden (art. 1:77 BW), ligt het aannemen van goede trouw bij een succesvolle nietigverklaring niet in de rede. In deze zaken is het van belang om met een goede onderbouwing te komen voor een nietigverklaring; de wederpartij zal trachten met bewijs voor het tegendeel te komen. Het feit

74 Rb. Den Haag 21 februari 2011, LJN: BP7696.

dat er een ambtenaar van de burgerlijke stand betrokken is bij de totstandkoming van het huwelijk, kan, anders dan bij de overeenkomsten die zonder formele tussenkomst worden aangegaan, wel een rol spelen, in die zin dat de wilsonbekwaamheid van de betrokkene niet zo evident was, dat de ambtenaar dit heeft gesignaleerd.

4 SLOTOPMERKINGEN

In de internationale wetenschappelijke literatuur wordt gediscussieerd over de vraag welke impact neurowetenschappelijke informatie op (de uitkomsten van) het recht zal hebben en hoe groot die invloed mag zijn.⁷⁵ In deze bijdrage beschreven we aan de hand van internationale literatuur op welke privaatrechtelijke gebieden neurowetenschap een rol kan spelen. Vervolgens illustreerden we aan de hand van privaatrechtelijke casus dat neurowetenschappelijke gegevens in de Nederlandse civiele rechtspraak ook daadwerkelijk aan de orde komen.

Wat kunnen we leren uit deze verschillende casus? Onze gegevens zijn gebaseerd op zaken die zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Daar wordt slechts een selectie van zaken gepresenteerd, zodat het aan representatieve, kwantitatieve gegevens ontbreekt.⁷⁶ Bovendien is op basis van de informatie in de gepubliceerde uitspraken vaak niet met zekerheid vast te stellen in hoeverre er neurologisch of neuropsychologisch onderzoek is verricht en welke instrumenten daarbij zijn gebruikt, behalve als dat expliciet is aangegeven. Kwantitatieve uitspraken kunnen we dus niet doen. Dat neemt niet weg dat in de casus een aantal punten opvallen. In de eerste plaats is te zien dat neurowetenschappelijke gegevens regelmatig een rol spelen als onderdeel van bredere of meerdere medische rapportages waarin ook gegevens uit andere disciplines worden gebruikt. Bij psychische stoornissen, dementie en verslaving vormen neurologie en neuropsychologie een onderdeel van de diagnostiek en dat is terug te zien in de deskundigenrapportages en de oordeelsvorming van de rechters, die de feiten op een rij zetten, waarden en tot een oordeel komen. Daarnaast wordt in wilsbewaamheidszaken ook gebruikgemaakt van getuigenverklaringen van naasten of betrokkenen die samen met medische gegevens (waaronder neurowetenschappelijke kennis) door de rechter gewaardeerd worden.

In de tweede plaats tonen de casus dat neurowetenschappelijke kennis en technieken binnen de privaatrechtelijke rechtszaken een rol hebben in uiteenlopende contexten; het kan gaan om de vraag of de betrokkene *compos mentis* was ten tijde van de omstrede

⁷⁵ Zie bijv. Mankowski 2011; Gazzaniga 2008; Tovino 2007.

⁷⁶ Deze selectie is meermalen ter discussie gesteld, onder andere door auteurs die van mening zijn dat (bijna) alle uitspraken zouden moeten worden gepubliceerd. Zie bijvoorbeeld Giard 2010; Mommers, Zwenne & Schermer 2010.

rechtshandeling of om de vraag of een specifieke beschermingsmaatregel aangewezen is. In sommige van deze zaken ligt de peildatum in het verleden en in dat geval rijst de vraag in hoeverre later toegepast neurologisch en neuropsychologisch onderzoek voldoende betrouwbare informatie kan opleveren over juridische wilsbekwaamheid in het verleden. In enkele besproken zaken wordt op basis van alle gegevens (waaronder neurologische) geconcludeerd dat de betrokkene ook toen de rechtshandeling verricht werd, niet wilsbekwaam was, al wordt opgemerkt dat het moeilijk is om die stap te zetten. Dit is overigens een kwestie die niet specifiek voor neurologische en neuropsychologische kennis geldt, maar ook voor andere medische en psychologische kennis. In andere zaken staat de mentale staat van dat moment ter discussie, hetgeen eenvoudiger is. Daarnaast zijn er de gevallen waarin een prognose nodig is. Dat roept de vraag op welke predictieve waarde neurologische uitkomsten hebben. Het zou rechters (en advocaten) helpen wanneer zij weten wat zij wel en wat zij niet kunnen concluderen op basis van neurologische diagnostiek.

In de derde plaats wordt de vrees dat aan neurowetenschappelijke informatie in rechtszaken te veel gewicht wordt toegekend, een vrees die in de internationale literatuur over *neurolaw* soms wel wordt geuit,⁷⁷ in de zaken die wij hebben besproken niet bewaarheid. Ook in de zaken waarin deskundigen uiteenlopend oordelen over een bepaalde medische toestand, is het, voor zover af te leiden uit de uitspraken, niet zo dat neurowetenschappelijke kennis extra zwaar meetelt. De rechter maakt een afweging bij de waardering, en de feiten en omstandigheden van het geval spelen daarbij een grote rol. In zaken waarin neurowetenschappelijke kennis wordt gebruikt, is de betekenis daarvan in de meeste zaken ten aanzien van de rechtsvragen vrij bescheiden, al lijkt neurobiologische informatie in de diagnostiek van sommige beelden (bijvoorbeeld dementie) wel een belangrijke rol te spelen.

Het is niet ondenkbaar dat de rol van neurowetenschappen in de toekomst zal toenemen. Dit hangt uiteraard mede af van de ontwikkelingen binnen die discipline, maar ook andere factoren kunnen hierop van invloed zijn. Zo betekent de stel- en bewijsplicht in dagvaardingszaken tussen twee partijen, waarbij de eiser (of indirect zijn naasten) van een bepaalde rechtshandeling af wil, terwijl de ander die juist in stand wil houden, dat partijen met een zo goed mogelijke onderbouwing moeten komen van hun standpunten.⁷⁸ Bovendien kan het bij de aantasting van rechtshandelingen om aanzienlijke belangen gaan (huur, arbeidscontracten, grote geldsommen, huwelijkssluiting of testament), waarbij het de moeite loont (ook soms voor derden als potentiële erfgenaam) om te investeren in bewijs, bijvoorbeeld door bewijislevering via een neurologisch onderzoek.

⁷⁷ Zie Morse, 2005, 2011b; Jelicic & Merckelbach 2007.

⁷⁸ Dit ligt anders in de Bopz-zaken en de meerderjarigenbescherming waar de betrokkene zelf een beslissing ter discussie stelt en waar het neerkomt op een bescherming van de betrokkene en de maatschappij.

Verder roept het gebruik van inzichten over de hersenen in deze zaken interessante vragen op. In hoeverre kunnen resultaten voor de eiser die schadevergoeding vordert, worden beïnvloed door het gebruik van bijvoorbeeld hersenscans? Overtuigt een hersenscan met uitleg als ‘harde wetenschap’ eerder dan andere feiten?⁷⁹ Zijn rechters zich bewust van de beperkingen van dit soort methoden en hoe kunnen zij beoordelen of een bepaald onderzoeksresultaat voldoende betrouwbaar is aangetoond? Een andere vraag, die in de zaak over puberbrein ook speelde, is in hoeverre algemene bevindingen in individuele gevallen toegepast kunnen worden. Bij de beantwoording van deze vragen moet men zich realiseren dat de neurowetenschappen gebruikmaken van complexe en deels nieuwe technieken zoals neuropsychologisch onderzoek, endocrinologie, fysiologische technieken (bijvoorbeeld huidweerstandmeting), beeldvormende technieken zoals MRI en genetische analyses. De interpretatie van de gegevens die dat oplevert, vergt bijzondere technische expertise (zie bijvoorbeeld Haselager et al.⁸⁰ over de stappen die nodig zijn om een fMRI-scan te kunnen interpreteren), maar ook kennis van de interdisciplinaire wetenschappelijke theorievorming en van de stand van zaken van verschillende onderzoeksgebieden. Zo kent het gebruik van hersenscans als juridisch bewijsmiddel meerdere haken en ogen.⁸¹ Er is bijvoorbeeld niet maar één manier om de beelden te construeren en te interpreteren, daardoor is er ruimte voor subjectieve interpretaties. Dit kan leiden tot vals positieve uitkomsten, zoals het vaststellen van een stoornis terwijl deze er niet is. Ook is de relatie tussen bijvoorbeeld de bouw en grootte van hersenstructuren enerzijds en gedrag anderzijds vaak niet eenduidig. Iemand kan positief scoren op ‘biomarkers’ voor Alzheimer, maar zich klinisch normaal gedragen.⁸² Bovendien zijn hersenscans net als de meeste andere testen vatbaar voor manipulatie en dus bedrog.

Bovendien moet de opwinding rond hersenscans ook weer niet overdreven worden. Ten eerste zijn scans slechts een van de neurowetenschappelijke methoden en technieken, denk bijvoorbeeld aan de neuropsychologie, die onder meer taken kent waarmee verschillende typen geheugenproblemen en andere cognitieve stoornissen in kaart kunnen worden gebracht. Ten tweede biedt de neurowetenschap niet alleen methoden en technieken, maar ook een ‘kennisfonds’ dat meer inzicht kan leveren in bijvoorbeeld de invloed van psychische stoornissen op cognitieve en andere vermogens die relevant zijn voor vragen met betrekking tot wilsbekwaamheid. Ten derde is de interactie tussen het recht en inzichten uit andere disciplines bepaald niet uniek voor neurowetenschappen. Veel van de methodologische kwesties betreffen algemene vraagstukken, die ook gelden voor het gebruik van kennis en methoden uit andere disciplines zoals de economie en psychologie in een juridi-

79 Vgl. Jelicic & Merckelbach 2007; maar zie ook Klaming 2011.

80 Haselager et al. 2013.

81 Zie o.a. Schleim & Roiser 2009.

82 Ganguli 2010.

sche context.⁸³ Bovendien biedt de neurowetenschap feitelijke informatie die gewogen moet en zal worden naast andere feitelijke informatie en normatieve overwegingen.⁸⁴ De juridische verantwoordelijkheid voor gedrag is een juridische conclusie, geen natuurwetenschappelijk feit, het vestigen van een 'biologische basis' voor gedrag impliceert niet automatisch normatieve relevantie voor het recht en normen worden nooit door biologie alleen gerechtvaardigd.⁸⁵

LITERATUUR

Aronson 2007

J.D. Aronson, 'Brain imaging, culpability and the juvenile death penalty', *Psychology, Public Policy, and Law*, 2007, p. 115-142.

Asser-Hartkamp & Sieburgh 2010

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Verbintenissenrecht: Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser-Perrick 2009

S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Boom, Giesen & Smit 2012

W. van Boom, I. Giesen & M. Smit, *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2012.

Claydon 2011

L. Claydon, 'What neuroscience offers the law in determining the safety of convictions', *TILTING Perspectives 2011: Technologies on the Stand*, Tilburg: Tilburg University, 11-14 April 2011.

Cohen-Kettenis, Van Goozen, Doorn & Gooren 1998

P.T. Cohen-Kettenis, S.H.M. van Goozen, C.D. Doorn & L.J.G. Gooren, 'Cognitive ability and cerebral lateralisation in transsexuals', *Psychoneuroendocrinology*, 1998, p. 631-634.

⁸³ Vgl. Van Boom, Giesen & Smit 2012.

⁸⁴ Mobbs, Lau, Jones & Frith 2009.

⁸⁵ Jones c.s. 2009.

Crone & Dahl 2012

E.A. Crone & R.E. Dahl, 'Understanding adolescence as a period of social and affective engagement and goal flexibility', *Nature Reviews Neuroscience*, 2012, p. 636-650.

Dekker, Zijderhoudt & van Marle 2011

J.A. Dekker, R.H. Zijderhoudt & H.J.C. van Marle, 'Wilsbekwaamheid en toerekeningsvatbaarheid vergeleken', *Delikt en Delinkwent*, 2011, p. 247-260.

Denys 2009

D. Denys, Kansen en risico's van diepe hersenstimulatie, in: *Kenniskamer Human Enhancement: feiten, fabels en fictie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2009.

Van den Doel 2011a

E.M.H. van den Doel, 'Whiplash revisited. AMA-6 en de neuroloog: is alles eindelijk opgelost?', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 2011, p. 28-33.

Van den Doel 2011b

E.M.H. van den Doel, 'De whiplashrichtlijn van de NVN dient nog niet te worden herzien', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 2011, p. 57-59.

Fabian 2011

J.M. Fabian, 'Applying *Roper v. Simmons* in juvenile transfer and waiver proceedings: a legal and neuroscientific inquiry', *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2011, p. 732-755.

Farahany 2009

N.A. Farahany (ed.). *The impact of behavioural sciences on criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Feigenson 2009

N. Feigenson, 'Brain imaging and courtroom evidence: on the admissibility and persuasiveness of fMRI', in: M. Freeman & O. Goodenough (eds.), *Law, Mind and Brain*, Londen: Ashgate 2009, p. 23-54.

Franken & Van den Brink 2009

I. Franken & W. Van den Brink, *Handboek Verslaving*, Utrecht: De Tijdstroom 2009.

Ganguli 2010

M. Ganguli, 'Dementia: Scope, Neuroscience and Relevance for the Judiciary', *Judicial Seminar 'Emerging Issues in Neuroscience'*, American Association for the Advancement of Science, St. Louis: Washington University, June 3-4, 2010.

Gazzaniga 2008

M.S. Gazzaniga, 'The law and neuroscience', *Neuron*, p. 412-415.

Giard 2010

R.W.M. Giard 'Rechtswetenschap mankeert een eigentijdse kennisinfrastructuur', *Nederlands Juristenblad*, 2010, p. 168.

Goodenough & Tucker 2010

O.R. Goodenough & M. Tucker, *Annual Review of Law and social Science*, 2010, p. 61-92.

Haselager, Leoné & Van Toor 2013

W.F.G. Haselager, F. Leoné & D.A.G. Van Toor, 'Data en interpretaties in de cognitieve neurowetenschap', *Justitiële Verkenningen*, 2013, p. 78-89.

Jelicic & Merckelbach 2007

M. Jelicic & H.L.G.J. Merckelbach, 'Hersenscans in de rechtszaal: oppassen geblazen!', *Nederlands Juristenblad*, 2007, p. 2794-2800.

Jones, Buckholtz, Schall & Marois 2009

O.D. Jones, J.W. Buckholtz, J.D. Schall & R. Marois, 'Brain imaging for legal thinkers: a guide for the perplexed', *Vanderbilt University Law School. Public Law and Legal Theory, working paper number 10-09*, 2009.

Jonker, Slaets & Verhey 2009

C. Jonker, J.P.J. Slaets & F.R.J. Verhey, *Handboek Dementie. Laatste inzichten in diagnostiek en behandeling*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2009.

Kapp 2010

M.B. Kapp, 'Legal issues arising in the process of determining decisional capacity in older persons', *Care Management Journals*, 2010, p.101-107.

Klaming 2011

L. Klaming, 'The influence of neuroscientific evidence on legal decision-making: The effect of presentation mode', in: B. van den Berg & L. Klaming (eds.), *Technologies on the stand:*

Legal and ethical questions in neuroscience and robotics, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 115-128.

Klaming & Haselager 2010

L. Klaming & W. Haselager, *Did my brain implant make me do it? Questions raised by DBS regarding psychological continuity, responsibility for action and mental competence*. *Neuroethics*, published online 7 september 2010. DOI 10.1007/s12152-010-9093-1

Kolber 2007

A.J. Kolber, 'Pain detection and the privacy of subjective experience', *American Journal of Law and Medicine*, 2007, p. 433-456.

Kolder 2008

A. Kolder, 'Whiplash: hoe gaat de rechter om met de nieuwe NVvN-richtlijnen?', *Tijdschrift voor vergoeding Personenschade*, 2008, p. 118-125.

Lamar, Wortzel, Libon, Wambach, Price & Kumar 2012

M. Lamar, H. Wortzel, D.J. Libon, D.M. Wambach, C.C. Price & A. Kumar, 'Dementia', in: J.R. Simpson & H. Greely (eds.), *Neuroimaging in Forensic Psychiatry: From the Clinic to the Courtroom*, New York: Wiley-Blackwell, 2012, p. 67-80.

Leentjes, Visser-Vandewalle, Temel & Verhey 2004

A.F.G. Leentjes, V. Visser-Vandewalle, Y. Temel & F.R.J. Verhey, 'Manipuleerbare wilsbekwaamheid: een ethisch probleem bij elektrostimulatie van de nucleus subthalamicus voor ernstige ziekte van Parkinson', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 2004, p. 1394-1398.

Leijenhorst 2010

L. van Leijenhorst, 2010, www.nieuws.leidenuniv.nl/nieuws-agenda/in-de-puberhersenenvint-erotie-het-van-zelfcontrole.html.

Van Leijenhorst, Gunther Moor, Op de Macks, Rombouts, Westenberg & Crone 2010

L. van Leijenhorst, B. Gunther Moor, Z.A. Op de Macks, S.A.R.B. Rombouts, P.M. Westenberg & E.A. Crone, 'Adolescent Risky Decision Making: Neurocognitive Development of Reward and Control Regions', *NeuroImage*, 2010, p. 345-355.

Mankowski 2011

P. Mankowski, 'Verändert die Neurobiologie die rechtliche Sicht auf Willenserklärungen?', *Archiv für die civilistischen Praxis*, 2011, p. 153-195.

Meynen 2010

G. Meynen, 'Free will and psychiatric assessment of criminal responsibility: a parallel with informed consent', *Medical Health Care and Philosophy*, 2010, p. 313-320.

Mobbs, Lau, Jones & Frith 2010

D. Mobbs, H.C. Lau, O.D. Jones & C.D. Frith, 'Law, responsibility and the brain', in: M. Freeman & O. Goodenough, *Law, Mind and Brain*, Londen: Ashgate 2010, p. 5-22.

Moberg & Rick 2008

P.J. Moberg & J.H. Rick, 'Decision-making capacity and competency in the elderly: A clinical and neuropsychological perspective', *Neuro Rehabilitation*, 2008, p. 403-413.

Mommers, Zwenne & Schermer 2010

L. Mommers, G.J. Zwenne & B.W. Schermer, 'Het best bewaarde geheim van de raadkamer. Over de ontoegankelijkheid van de rechtspraak', *Nederlands Juristenblad*, 2010, p. 2072-2078.

Morse 2005

S.J. Morse, 'Brain overclaim syndrome and criminal responsibility: a diagnostic note', *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005, p. 397-412.

Morse 2011a

S.J. Morse, 'Lost in translation? An essay on law and neuroscience', in: M. Freeman (red.), *Law and neuroscience, Current Legal Issues*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Morse 2011b

S.J. Morse. 'Avoiding irrational neurolaw exuberance: A plea for neuromodesty', *Mercer Law review*, ScholarlyCommons, 2011, http://repository.upenn.edu/neuroethics_pubs/78.

Nadelhoffer, Bibas, Grafton, Kiehl, Mansfield, Sinnott-Armstrong & Gazzaniga 2012

T. Nadelhoffer, S. Bibas, S. Grafton, K.A. Kiehl, A. Mansfield, W. Sinnott-Armstrong & M. Gazzaniga, 'Neuroprediction, violence, and the law: setting the stage', *Neuroethics*, 2012, p. 67-99.

Nuytinck 2011

A.J.M. Nuytinck, 'Meer bescherming voor transgenders', *WPNR*, 2011, p. 965-966.

Ruissen, Meynen & Widdershoven 2011

A.M. Ruissen, G. Meynen & G.A.M. Widdershoven, 'Perspectieven op wilsbekwaamheid in de psychiatrie: cognitieve functies, emoties en waarden', *Tijdschrift voor Psychiatrie*, 2011, p. 405-414.

Schleim & Roiser 2009

S. Schleim & J.P. Roiser. 'fMRI in translation: the challenges facing real-world applications', *Frontiers in Human Neuroscience*, 2009, p. 1-7.

Schmitz-Lun, Katzenmeier & Woopen 2012

A. Schmitz-Lun, C. Katzenmeier & C. Woopen, 'Law and ethics of deep brain stimulation', *International Journal of Law and Psychiatry*, 2012, p. 130.

Schuurs 2011

L. Schuurs, 'Hoe ver zijn we met het objectiveren van whiplash(achtige) klachten?', *PIV Bulletin*, 2011, p. 1-5.

Tovino 2007

S.A. Tovino. 'Functional neuroimaging and the law: trends and directions for future scholarship', *The American Journal of Bioethics*, 2007, p. 44-56.

Vincent 2010

N. Vincent. 'On the relevance of neuroscience to criminal responsibility', *Crime, Law and Philosophy*, 2010, p. 77-98.

Vincent 2013

N. Vincent 'Strafrechtelijke verantwoordelijkheid en de neurowetenschappen', *Justitiële Verkenningen*, 2013, p. 65-77.

Vos 2011

J. Vos. 'De whiplashrichtlijn van 2007 dient te worden herzien', *Tijdschrift voor Vergoeding van Personenschade*, 2011, p. 33-36.

Wagner-von Papp 2009

F. Wagner-von Papp, 'Self-Exclusion Agreements: Should we be free not to be free to ruin ourselves? Gambling, Self-Exclusion Agreements and the Brain', in: M. Freeman & O. Goodenough, *Law, Mind and Brain*, London: Ashgate 2009, p. 81-126.

Welie 2002

S.P.K. Welie, 'Wilsbekwaamheid in de gezondheidszorg', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing, H.L.G.J. Merkelbach & H.F.M. Crombag, *Het recht van binnen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 85-106.

Van de Wetering, Franken & Van den Brink 2009

B. van de Wetering, I. Franken & W. van den Brink. 'Neurobiologie', in: I. Franken & W. van den Brink (red.), *Handboek Verslaving*, Utrecht: De Tijdstroom 2009.

Zhou, Hofman, Gooren & Swaab 1995

J.N. Zhou, M.A. Hofman, L.J.G. Gooren & D.F. Swaab, 'A sex difference in the human brain and its relation to transsexuality', *Nature*, p. 68-70.

5 DE VERKLARING VAN GESCHILGEDRAG

Gedragseconomische bijdragen en hun beperkingen

C. Klein Haarhuis en B. Niemeijer

SAMENVATTING

Onder invloed van de zich snel ontwikkelende gedragseconomie groeien verschillende tradities binnen de 'law&...'-literatuur (economie, psychologie, sociologie) naar elkaar toe. Dit biedt kansen voor een betere verklaring van geschilgedrag. Er is echter (nog) niet sprake van één samenhangende theorie. Verbetering van de algemene verklaringen of uitspraken op basis van een aangepast gedragseconomisch 'mensbeeld' blijkt lastige problemen met zich te brengen. De verschillende menselijke biases & heuristics (vertekeningen en vuistregels) leiden tot hypotheses over geschilgedrag die elkaar tegenspreken. Het beeld van een complexere mens met niet alleen economische, maar ook emotionele en sociale 'receptoren', vraagt om aandacht voor de uiteenlopende contextuele condities die aanzetten tot gedragsreacties. Vanuit de empirie geredeneerd is dan vooral te wijzen op condities die samenhangen met het type geschil, zoals financieel gewicht, institutionele context of emotionele geladenheid van het geschil. Dergelijke condities zijn zeer bepalend voor stappen die partijen zetten in een geschil. Door zo te redeneren ontstaat ruimte voor een meer samenhangend kader, waarin uiteenlopende verklaringen geïntegreerd kunnen worden. Het biedt tevens aanknopingspunten voor vervolgonderzoek.

1 NAAR EEN BETERE VERKLARING VOOR GESCHILGEDRAG

De toenadering tussen het privaatrecht en sociaalwetenschappelijke disciplines kent al een behoorlijke geschiedenis.¹ Eén van de al wat langer bestudeerde onderwerpen betreft de wijze waarop mensen omgaan met (privaatrechtelijke) geschillen, of en hoe zij daarmee bij de rechter terecht komen en wat er vervolgens gebeurt. In het volgende beginnen wij met een kort overzicht van de huidige stand van zaken met betrekking tot de theorie en empirie van geschilgedrag. Daaruit is op te maken dat het onderzoek op dit punt in de loop der jaren vruchtbare resultaten heeft gehad. Maar tevens moet worden vastgesteld

1 Zie bijv. Croes & Leeuw 2012; Siems 2009.

dat deze resultaten voornamelijk beperkt zijn gebleven tot beschrijvende inzichten. Samenhangende en toetsbare verklarende theorieën laten tot op heden op zich wachten.

In de *'law &...'*-literatuur is een drietal klassieke disciplines te onderkennen met elk hun eigen invalshoek en aannames: de rechtseconomische, de rechtspsychologische en de rechtssociologische traditie. We gaan kort in op de belangrijkste assumpties, verdiensten en valkuilen van deze drie tradities. Vereenvoudigde aannames over het gedrag van partijen bij een (potentieel) geschil zijn essentieel als men tot verklaringen op systeemniveau wil komen. Maar, in hun eenvoud en uit de context gelicht, zijn het gebrekkige verklaringen van geschilgedrag. De drie tradities groeien echter steeds dichter naar elkaar toe. Dat komt in het bijzonder tot uiting in de *behavioural (law &) economics*-literatuur die zich snel ontwikkelt.

Daaraan kunnen inzichten worden ontleend die bijdragen aan een betere verklaring van geschilgedrag. Wij lichten dit toe door drie basisaannames uit de huidige verklaringsmodellen uit te dagen en te laten zien dat zij maar in beperkte mate gelding hebben. Deze aannames hebben betrekking op de rationaliteit van geschilgedrag, op de wilskracht en het bewustzijn van betrokkenen en op de rol van het eigenbelang.

Om van daaruit tot krachtige verklaringen te komen, is context het sleutelbegrip. Juist het beeld van een complexere mens met niet alleen economische maar ook emotionele en sociale 'receptoren', vraagt om aandacht voor de uiteenlopende contextuele condities die aanzetten tot gedragsreacties. We besluiten dit hoofdstuk met aanzetten tot een verklaringskader waarin verschillende typen factoren in één verband kunnen worden beschouwd.

2 THEORIE EN EMPIRIE VAN GESCHILGEDRAG

Een zaak voor de rechter komt niet uit de lucht vallen. Doorgaans gaan er allerlei andere pogingen aan vooraf om een juridisch probleem anders dan via de rechter op te lossen, variërend van het schrijven van brieven, het fysiek verhaal halen tot het laten vallen van eisen of het zoeken van hulp. In feite is de keuze voor een juridische procedure vaak een gedwongen keuze, omdat voorafgaande pogingen om het probleem op te lossen, hebben gefaald. Zo bezien zijn rechtszaken een specifieke selectie uit de juridische problemen die mensen ondervinden. Felstiner c.s. zetten nog een stap verder terug en zien dergelijke problemen als het product van een psychologisch proces waarin een ervaring door betrokkene als schadelijk wordt ervaren (*naming*), vervolgens wordt toegeschreven aan het gedrag van een ander (*blaming*) en ten slotte deze andere partij wordt benaderd om

genoegdoening te verkrijgen (*claiming*).² Als de wederpartij niet bereid is om tegemoet te komen aan de eis, dan is sprake van een geschil.³ Kritzer beschreef dit proces als een barrièremodel waarin, om van een geschil te kunnen spreken, achtereenvolgens de ‘herkenningsbarrière’, de ‘attributiebarrière’ en de ‘confrontatiebarrière’ moet worden doorbroken. Pas daarna, als deze fasen zijn doorlopen, partijen er bilateraal niet uitkomen en betrokkene zijn claim niet laat vallen (*lumping*), komt de rechter in beeld.⁴

De klassieke metafoor voor dit proces is die van de piramide, met op de bodem alle schadelijke ervaringen en aan de top zaken bij de rechter.⁵ Het beeld van een piramide is echter in meerdere opzichten misleidend. Het legt ten onrechte de nadruk op één bepaalde route van geschillen, die naar de rechter. De werkelijkheid is uiteraard veel diverser. Niet voor niets is in recent Nederlands onderzoek de metafoor van de piramide vervangen door die van de delta, een rivierenlandschap met (steeds) verschillende mogelijke vertakkingen of ‘kruispunten’ voor een (eventuele) vervolgstap in een geschil. We weten inmiddels betrekkelijk veel over de stappen die mensen zetten in geschillen.

2.1 Empirisch onderzoek naar juridische problemen in Nederland

In Nederland is de wetenschappelijke aandacht voor de aanpak van juridische problemen voortgekomen uit de belangstelling voor een tweetal nauw samenhangende thema’s: toegang tot het recht en de behoefte aan rechtshulp. Deze beide thema’s zijn ook internationaal vanuit verschillende perspectieven onderzocht.⁶ Voor Nederland geldt als startpunt de verschijning van *De weg naar het recht* van Schuyt c.s. in 1976. Sindsdien heeft zich een vruchtbare onderzoekstraditie ontwikkeld.⁷ Het afgelopen decennium is twee keer grootschalig kwantitatief empirisch onderzoek verricht naar de prevalentie van privaatrechtelijke bestuursrechtelijke problemen in Nederland en wat mensen ermee doen, de zogenoemde Delta-onderzoeken.⁸ Uit dit onderzoek is af te leiden dat in de periode 2004-2008 61% van de ondervraagden juridische problemen heeft ondervonden; het gemiddeld aantal problemen per persoon was 1,9 (dit was 2,5 in de periode 1998-2002). Daarvoor worden enerzijds

2 Felstiner c.s. 1981.

3 Voor een Nederlandse toepassing op geschillen tussen artsen en patiënten zie Verkruijsen 1993.

4 Kritzer 2011.

5 De precieze vorm van de piramide varieert dan per soort probleem, afhankelijk van de factoren die op de selectie in de verschillende fasen inwerken (Murayama 2007, p. 30).

6 Kritzer 2011 noemt de volgende: legal needs, dispute processing, litigation rates, compensation studies, justiciable problem (path to justice) studies en community studies.

7 Aanvankelijk is het onderzoek op dit punt vooral uitgebouwd door Griffiths en zijn onderzoeksgroep (o.a. Griffiths 1983 en 1986, Niemeijer 1991, Verkruijsen 1993, Berends 1993).

8 Van Velthoven & Ter Voert 2004 en Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010, waaraan de hier gepresenteerde cijfers zijn ontleend.

maatschappelijke verklaringen aangedragen, zoals conjuncturele ontwikkelingen (economische recessie leidt tot meer financiële problemen), maatschappelijke problemen (vergrijzing leidt tot minder arbeidsproblemen), inhoud en omvang van wet- en regelgeving en aanbod en toegankelijkheid van juridische dienstverlening. Anderzijds worden verklaringen gezocht op individueel niveau, in de kenmerken van betrokkenen, zoals hun capaciteiten en hulpbronnen om problemen op te lossen ('sociaal-kapitaaltheorie') en de omstandigheden waarin zij verkeren, zoals de mate waarin zij problematische situaties meemaken ('participatietheorie').

Van de mensen met problemen blijft 6% passief, pakt 42% het probleem aan zonder professionele hulp en 52% met hulp. Een beroep op de rechter blijkt een uitzondering. Slechts ca. 13% van de burgers start een officiële procedure, waarvan ca. 5% bij de rechter. In het Nederlandse Delta-onderzoek wordt het geschilgedrag gemodelleerd als een geheel aan keuzemogelijkheden dat zich op bepaald moment voordoet, waaruit betrokkene dat alternatief kiest dat het gunstigste saldo van kosten en baten oplevert. Deze kosten en baten kunnen zowel materieel als immaterieel van aard zijn.

2.2 *Paths to justice*

De afgelopen jaren is er ook internationaal nogal wat onderzoek verricht in de 'Paths to Justice'-traditie, waartoe ook het Nederlandse Delta-onderzoek kan worden gerekend. Hierin staat centraal de vraag aan burgers of zij problemen hebben ervaren 'which were difficult to resolve'. Dergelijke studies zijn verricht in onder meer Engeland/Wales, Schotland, Noord-Ierland, Verenigde Staten, Japan, Hongkong, Canada, Australië, Nieuw-Zeeland en Bulgarije.⁹ Als gevolg van de (methodische) verschillen tussen de verschillende onderzoeken blijkt het lastig de resultaten in de verschillende landen precies met elkaar te vergelijken. Niettemin zijn er belangrijke verschillen en overeenkomsten te constateren.

In veel landen blijkt de bevolking een aanzienlijk aantal juridische problemen te ervaren. Niet zelden is sprake van clusters van problemen, dat wil zeggen dat als een persoon een bepaald type probleem ervaart, dit de kans op andere problemen groter maakt. De meest voorkomende problemen zijn consumentenproblemen, problemen rondom huren of bezit van onroerend goed, en arbeidsproblemen. De aanpak van problemen blijkt sterk samen te hangen met het type probleem. Consumentenproblemen blijken relatief vaak door mensen zelf te worden opgelost, terwijl voor onroerendgoedkwesties vaak hulp wordt ingeschakeld. Er zijn ook belangrijke verschillen. Zo scoort Nederland relatief hoog op het

9 Voor een overzicht van de belangrijkste bevindingen uit deze studies zie Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010, p. 230-232.

aantal gerapporteerde problemen en bijvoorbeeld Japan juist heel laag. Ook zijn er grote verschillen in de prevalentie van typen problemen. In Nederland worden bijvoorbeeld veel meer werkgerelateerde problemen gerapporteerd dan in andere landen.

2.3 Verklaringen

In het hiervoor genoemde onderzoek worden doorgaans ook mogelijke verklaringen voor het geschilgedrag empirisch onderzocht. Kritzer onderscheidt vijf clusters van dergelijke verklarende factoren: demografische, psychologische, institutionele, culturele en contextuele kenmerken (type probleem).¹⁰

De invloed van *demografische* factoren als inkomen, opleiding, afkomst, gender en burgerlijke staat blijkt beperkt. Zo vonden Van Velthoven en Klein Haarhuis een betrekkelijk gering positief effect van leeftijd en het hebben van een rechtsbijstandsverzekering.¹¹ Genn vond enig verband met opleiding.¹² Eerdere juridische ervaringen (met een advocaat) lijken de drempel tot actie te verlagen.¹³

Psychologische factoren zijn het meest diepgaand onderzocht door Vidmar en Schuller.¹⁴ Zij vonden relaties tussen *claim propensity* (agressiviteit, competitiviteit) en claimgedrag. Ook op het terrein van consumentenklachten is nogal wat onderzoek gedaan naar de invloed van psychologische factoren, maar zonder eenduidig resultaat.¹⁵

Er zijn tal van *institutionele* factoren die geschilgedrag zouden kunnen beïnvloeden: kosten (financiële, zoals griffierechten en advocaatkosten en andere kosten, zoals wachttijd), de beschikbaarheid van rechtsbijstand, de voorspelbaarheid en risico's van claims, (aansprakelijkheids)regels (wie is aansprakelijk waarvoor, zijn vergoedingen aan maxima gebonden), beschikbaarheid van alternatieve compensatiemogelijkheden (zoals overheidsuitkeringen of verzekeringen). De invloed van sommige van deze factoren is in onderzoek aangetoond. Zo heeft de beschikbaarheid van rechtshulp en -bijstand, en rechtsbijstandsverzekeringen invloed op geschilgedrag. Ook de invloed van juridische regels is aangetoond, bijvoorbeeld in het geval dat er maar een beperkt aantal oplossingsrichtingen open staat ('rechtsnoodzaak') of als er sprake is van een maximale vergoeding voor bepaalde vormen van schade of als de dekking van rechtsbijstandsverzekeringen beperkt is tot bepaalde

¹⁰ Kritzer 2011.

¹¹ Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010, p. 266.

¹² Genn 1999. Ook 'sociaal kapitaal' zou van invloed kunnen zijn (vgl. Croes & van Gammeren 2007). Kritzer (2011, p. 15): 'The notable exception is Michelson's finding in his study conducted in 37 villages across six provinces of China that families with strong political connections were more likely to pursue grievances than were families without such connections (Michelson 2007).'

¹³ Vidmar & Schuller 1987.

¹⁴ Vidmar & Schuller 1987.

¹⁵ Kritzer 2011, p. 16.

typen geschillen.¹⁶ Het meeste empirisch onderzoek heeft betrekking op aansprakelijkheidsclaims. Er blijkt uit dat vooral die institutionele factoren invloed hebben die rechtstreeks grenzen stellen aan het type schade waarvoor aansprakelijkheid geldt of aan de omvang van de maximale compensatie. Voor het overige zijn de onderzoeksresultaten niet eenduidig. Factoren blijken soms wel en soms niet van invloed, zonder dat duidelijk is welke condities dat bepalen.

Culturele kenmerken hebben in deze context betrekking op de normen en verwachtingen over wat passend gedrag is in geval van een geschil. Zo is er nogal wat onderzoek gedaan naar de veronderstelde *adversarial culture* van de VS. De verschillen met een land als Japan, waarvan de cultuur wordt gezien als conflictvermijdend, zijn inderdaad groot. Maar de verschillen met andere landen zijn veel kleiner en het is zeer vraag of en in welke mate deze aan culturele kenmerken kunnen worden toegeschreven. Er bestaat ook onderzoek naar de invloed van religie of lokale normen op claimedrag. Al met al blijkt de invloed van culturele factoren lastig aan te tonen. Vaak worden culturele factoren aangevoerd als restfactor, als andere factoren resterende variatie niet meer kunnen verklaren.

Al met al zijn deze verklaringen nog weinig krachtig en consistent. Vaak bestaan verklaringen uit meerdere redeneringen in plaats van één samenhangende theorie. De meeste zijn bovendien empiriegestuurd en theoriearm. Ten slotte is de verklaarde variantie doorgaans gering.

Er is echter één factor die consistent praktisch altijd als het belangrijkste wordt aangewezen, ook na controle voor de hiervoor genoemde factoren: *type probleem*. Zo vertonen onrechtmatige daad-, consumenten-, huur- en buurgeschillen in de VS, Canada, Australië en Japan sterke overeenkomsten in termen van verloop en beroep op advocatuur of rechtspraak. Kritzer ziet het type probleem als *proxy* voor sociale context.¹⁷ Vooral de analyse van specifieke subtypen van problemen is wat dit betreft verhelderend. Deze subtypen van problemen blijken de beste verklaring van gedrag. Dus bijvoorbeeld het verschil tussen letselschade en andere vormen van onrechtmatige daad verklaart weliswaar enigszins het geschilgedrag, maar de verklaring wordt veel krachtiger indien wordt onderscheiden tussen letselschade voortvloeiend uit verkeersongelukken, arbeidsongevallen en andere ongelukken.¹⁸ En als we bijvoorbeeld kijken naar discriminatiezaken, dan is in alle landen de context waarin de discriminatie plaatsvindt eveneens de beste verklaring van gedrag: gaat het om discriminatie in de arbeidscontext, opleidingscontext of huisvestingscontext?¹⁹

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Kritzer 2011, p. 13.

¹⁸ Kritzer 2011, p. 13, Sabry 2004.

¹⁹ Kritzer, Vidmar & Bogart 1991.

'For the US, Canada as well as Australia (...) claiming is least likely in issues of (...) discrimination in the rental or sale of housing, the area where exit (i.e., to go elsewhere) is easiest and there is no existing relationship to maintain. It is most likely for education discrimination.²⁰ Discrimination related to employment falls in between.'

Ook in het Nederlandse onderzoek geeft probleemtype een robuuste verklaring voor geschilgedrag, vooral van de stap om al dan niet rechtsbijstand in te schakelen. Dat gebeurt bijvoorbeeld vaker in geval van familieproblemen of gezondheidsklachten dan bij consumenten- of huurproblemen. De eerste stap om tot actie over te gaan wordt vooral getriggerd doordat men van die stap een hogere opbrengst verwacht.²¹

De in het voorgaande geïdentificeerde factoren zijn te herleiden tot een drietal verschillende rechtswetenschappelijke invalshoeken voor het begrijpen van gedrag in (privaatrechtelijke) geschillen: de sociologische, de psychologische en de economische invalshoek. Voordat we een aanzet doen tot een meer samenhangende verklaring, duiden we de basiskennmerken van elk van deze drie tradities en hun onderlinge verschillen kort aan.

3 DRIE 'VROEGE' RECHTSWETENSCHAPPELIJKE DISCIPLINES RELEVANT VOOR DE VERKLARING VAN GESCHILGEDRAG

3.1 *Rechtseconomie*

De belangrijkste gedragsassumptie van (rechts)economen is dat individuen *doelrationeel* handelen. Traditioneel wordt aangenomen dat individuen beschikken over perfecte informatie en onstuitbare wilskracht. Ze zijn in dit model in staat om meerdere alternatieven, bijvoorbeeld schikken en procederen, systematisch op meerdere aspecten te beoordelen en op grond hiervan het meest gunstige alternatief te kiezen.

Geschilpartijen (en soms ook advocaten en rechters) worden verondersteld hun (procedeer)beslissing te funderen op een afweging van kosten en baten. Rechtseconomen beperken zich daarbij tot de materiële kosten en baten, zoals geld, tijd en zaaksbelangen. Het systeem van geschilbeslechting kan deze keuzen beïnvloeden, bijvoorbeeld met behulp van griffierechten of (al dan niet met opzet) de doorlooptijden. Traditioneel leggen recht-

²⁰ Kritzer 2011, p. 13-14.

²¹ Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010, p. 266 (vgl. Kritzer 2011, p. 15 over *the amount at stake*). Hierbij moet wel worden aangetekend dat in het Nederlandse onderzoek reductie van cognitieve dissonantie mogelijk een rol speelt. Aangezien pas achteraf aan respondenten is gevraagd hoe groot zij de materiële opbrengst van geschiloplossing achtten toen het geschil (net) speelde, kan het zijn dat zij deze inschatting in geval van actie naar boven hebben bijgesteld om hun gedrag achteraf te rechtvaardigen.

seconomen het accent op de mate waarin het aanbod van procedures economisch efficiënt is ingericht.²² Klassieke vragen in de rechtseconomische traditie zijn: welke (procedurele) kenmerken zijn bepalend voor de kosten van rechtspraak en rechtshulp? Wat zijn de gevolgen van die kosten voor individuele beslissingen? Wanneer wordt geschikt, wanneer geprocedeerd?²³ Wanneer wordt in hoger beroep gegaan?²⁴ De nadruk ligt daarbij op de financiële en materiële kosten en opbrengsten van procedures, zoals griffierechten, advocaatkosten, proceskostenveroordeling, doorlooptijden, bewijslast. Zo zal, naarmate het materiële belang van een zaak groter is, een partij eerder bereid zijn hogere kosten te maken, bijvoorbeeld door een procedure te starten.²⁵ Bij de keuze tussen een schikking of een gerechtelijke procedure staan de afweging tussen de kosten van rechtspraak, de kosten van schikken en de verwachte baten van beide centraal.

Twee relevante rechtseconomische thema's in dit verband zijn:

- de zogenoemde 'schaduwwerking' van het recht.²⁶ Partijen weten dat een beroep op het recht vaak relatief dure, langdurige en onvoorspelbare procedures met zich brengt. Met deze kosten voor ogen kiezen zij doorgaans voor rechtstreeks overleg of een schikking. Naarmate de juridische weg toegankelijker is, is de dreiging ermee geloofwaardiger;
- *informatieongelijkheid* tussen partijen bij een geschil. Partijen weten niet goed hoe sterk of hoe zwak hun positie is ten opzichte van de andere partij. Naarmate meer informatie wordt uitgewisseld, bijvoorbeeld tijdens overleg of onderhandeling, stijgt volgens rechtseconomen de kans op overeenstemming of een schikking. Partijen schatten geleidelijk hun kansen beter in.²⁷

De invloed van dergelijke factoren op individuele beslissingen is uitgebreid gemodelleerd. Echter, de feitelijk meest gemaakte keuze, die voor *informele* oplossingsarrangementen – zoals onderling overleg al dan niet met behulp van een mediator – is grotendeels onderbelicht gebleven in de rechtseconomie.²⁸

Omgevingsfactoren, individuele voorkeuren en sociale relaties worden in de klassieke rechtseconomie doorgaans als gegeven en dus constant beschouwd. Deze aannames maken het mogelijk om te komen tot abstracte modellen van de werkelijkheid en generaliseerbare uitspraken.

22 Coase 1960, Landes 1971, Tullock 1975.

23 Priest & Klein 1984, Cooter & Rubinfeld 1989.

24 Vgl. De Mot & De Geest 2004.

25 Vgl. Eshuis & Paulides 2002, Van Velthoven & Ter Voert 2004, Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010.

26 Vgl. Mnookin & Kornhauser 1979.

27 Volgens rechtseconomen geven partijen met een sterke zaak daarbij vaker informatie prijs dan partijen met een zwakke zaak. Shavell 1989; vgl. Hay 1995.

28 O.a. Shavell 1995, Benson 2000. Vgl. Korobkin & Ulen 2000, p. 1094.

3.2 *Rechtspsychologie*

Rechtspsychologen beogen de voorkeuren en het gedrag van mensen in juridische situaties en in allerlei rollen te beschrijven en te verklaren.²⁹ Individuele voorkeuren en gedragingen zijn de belangrijkste variabelen. Dit is anders dan in de rechtseconomie, waar hierover juist aannames worden gemaakt³⁰ om de effecten van bijvoorbeeld procedurele kenmerken te kunnen bestuderen. De rechtspsychologische traditie is sterk gericht op het strafrecht, maar later ook op andere vormen van rechtspleging. Typerende rechtspsychologische vragen met relevantie voor het privaatrecht zijn: aan welke soorten procedures geven mensen feitelijk de voorkeur? In hoeverre ervaren partijen verschillende procedures als rechtvaardig en hoe hangt dit samen met bijvoorbeeld persoonskenmerken? Hoe werken specifieke kenmerken van procedures door in de bereidheid van partijen om samen te werken?

Wat de klassieke rechtspsychologen gemeen hebben met rechtseconomen is dat zij doorgaans focussen op zeer specifieke aspecten van bijvoorbeeld juridische beslissingen – al of niet in samenhang met persoonlijkheidskenmerken of attitudes – en omgevingsfactoren constant veronderstellen. Omdat het individu centraal staat in het rechtspsychologisch onderzoek, doet zich vaak de mogelijkheid tot experimenten voor, in een psychologisch laboratorium of in het veld.³¹

Een standaardwerk dat van grote invloed is geweest op de rechtspsychologie en de gedragseconomie is de zogenoemde *prospect theory* van Kahneman en Tversky.³² Sindsdien werken psychologische inzichten steeds meer door in het economisch onderzoek. Een bekende bevinding is bijvoorbeeld dat mensen afkerig zijn van onzekerheid: liever gegarandeerd € 300 dan 75% kans op € 400 – terwijl dit in klassiek-rechtseconomische termen gelijkwaardige opties zijn.³³ Ook wegen mensen potentiële verliezen zwaarder in besluitvorming dan potentiële winsten. Rachlinski bood experimenteel bewijs dat – gegeven een verwachte waarde – eisers in een geschil meer geneigd zijn tot schikken dan gedaagden, omdat ze in beide opties potentiële winst zien.³⁴ Een proces is een risico, omdat de uitkomst onzeker en minder te controleren is. Eisers zullen daardoor minder vaak voor een proces kiezen en risicomijdend zijn. Gedaagden daarentegen zien schikkingen eerder als een keuze

29 Voor een overzicht zie Van Koppen e.a. 2010.

30 Bijv. de aanname van ‘transitieve voorkeuren’: als iemand optie A verkiest boven optie B en B boven C, dan zal hij automatisch A boven C verkiezen. Volgens psychologen wordt zo bijvoorbeeld geen rekening gehouden met ‘affective tags’ die mensen aan die opties verbinden (o.a. Tiemeijer 2011, p. 24).

31 Van Koppen e.a. 2002, p. 3.

32 Kahneman & Tversky 1979.

33 Vgl. Tiemeijer 2011, p. 17.

34 Rachlinski 1996.

tussen verliezen en zijn daarom eerder risicozoekend. Afgeleid van deze bevindingen is het inzicht dat de wijze waarop keuzeopties worden gepresenteerd of ‘geframed’, van invloed is op beslisgedrag.

Mogelijk van belang voor de verklaring van het beroep op procedures is (sociaal)psychologisch onderzoek naar de mate van rechtvaardigheid of *fairness* die partijen verwachten of ervaren.³⁵ Doorgaans worden twee typen rechtvaardigheid onderscheiden. ‘Procedurele’ rechtvaardigheid richt zich op de vorm van het proces, zoals mogelijkheden tot inspraak en horen, of getuigenverklaringen. Hier is bijvoorbeeld het onderscheid relevant of de partijen zelf informatie (kunnen) aandragen bij de rechter, zoals in accusatoir ingerichte processen of niet, zoals in meer inquisitoir ingerichte processen. ‘Uitkomst’-rechtvaardigheid richt zich op de inhoudelijke uitkomst van een proces, op de belangenafweging die is gemaakt. Belangrijke vragen in het psychologisch onderzoek naar rechtvaardigheid zijn: wat maakt dat mensen een procedure als (on)rechtvaardig beoordelen?³⁶ Wat is de relatie tussen ervaren rechtvaardigheid en eigenbelang, emotie en onzekerheid?³⁷

Een andere stroming in de rechtspsychologische traditie betreft onderzoek naar hoe persoonlijkheidskenmerken doorwerken in de geneigdheid van partijen om samen te werken. Zo leiden overleg en onderhandelen vaker tot succes als één of beide partijen coöperatief zijn ingesteld en zich bovendien willen inspannen voor een oplossing.³⁸

3.3 *Rechtssociologie*

Rechtssociologen onderscheiden zich van rechtseconomen en rechtspsychologen door juridische keuzen te *contextualiseren*. Zij zijn met name geïnteresseerd in de invloed van sociale en institutionele context op het verloop van het geschil en op (juridische) keuzen daarin.³⁹ Daarbij spelen gedragsassumpties over de mens als ‘sociaal wezen’ een grote rol. Mensen zijn ingebed in sociale structuren, knopen relaties aan met andere mensen en worden gereguleerd door sociale normen. Ook beschikken ze over variabele hoeveelheden hulpbronnen (bijv. sociaaleconomische of sociaalemotionele).

Een veel onderzocht aspect van sociale context binnen de rechtssociologie is wederzijdse afhankelijkheid tussen partijen. Zo is gebleken dat de informele relatie tussen twee con-

35 Thibaut & Walker 1975, Lind & Tyler 1988, Tyler 1990 en 1997, Shestowsky 2004 over de rol van voorkeuren in de keus voor buitengerechtelijke geschiloplossing; Van den Bos e.a. 2006 over o.a. de relatie tussen rechtvaardigheid en eigen belang.

36 Tyler 1990 en 1997, Van den Bos 1999.

37 Van den Bos 2001, 2003 en 2009, Van den Bos e.a. 2006.

38 Nauta, de Dreu & Van der Vaart 2002, Steinel & De Dreu 2004.

39 Griffiths 1983.

tractpartijen hun gedrag doorgaans in grotere mate bepaalt dan de geschreven contractbepalingen. Als partijen elkaar bijvoorbeeld nodig blijven hebben voor handel of vriendschap, zullen zij minder snel kiezen voor juridische oplossingen. In navolging van Macaulay hebben (economisch) sociologen onderzoek verricht naar de vraag, hoe het kan dat ruilrelaties bevredigend functioneren, terwijl er betrekkelijk weinig aandacht is voor gedetailleerde contractuele planning of formeel-juridische procedures.⁴⁰ In deze onderzoeksstroming worden verklaringen onder meer gezocht in de kenmerken van de relaties en netwerken van partijen en het vertrouwen en de (wederzijdse) afhankelijkheid die daarmee gepaard gaan. Wanneer partijen deel uitmaken van dezelfde sociale netwerken zullen zij bijvoorbeeld willen voorkomen dat hun reputatie wordt geschaad door het voeren van openbare procedures. Procedures zijn evenmin aantrekkelijk als partijen afhankelijk zijn van toekomstige transacties met dezelfde handelspartner. Dergelijke verklaringen kunnen klassieke economische verklaringen aanvullen.

Culturele verschillen tussen partijen kunnen ten slotte leiden tot verschillende interpretaties van de situatie en het bereiken van overeenstemming in een geschil in de weg staan.⁴¹

Rechtssociologen contextualiseren tevens door te benadrukken dat een bepaalde beslissing er één is in een hele reeks beslissingen gedurende een geschil. Met andere woorden, in de rechtssociologie wordt een geschil gezien als een proces. Vanuit dit perspectief wordt het geschilproces vaak opgedeeld in meerdere mogelijke *beslismomenten*.⁴² In (potentieel) juridische geschillen kunnen bijvoorbeeld de volgende beslismomenten worden onderscheiden: voorkómen of vermijden, actie of niet, overleggen met de wederpartij of niet, wel of niet tot overeenstemming komen, wel of geen (juridische) procedure starten en wel of niet tot een bevredigende uitkomst geraken.

4 GEDRAGSECONOMISCHE BIJDRAGEN

Het inzicht groeit dat noch rechtseconomen, noch rechtssociologen of -psychologen in staat zijn om geschilgedrag en ander juridisch relevante fenomenen uitsluitend binnen hun eigen disciplinaire grenzen te verklaren.⁴³ Korobkin en Ulen stelden al in 2000 dat zich binnen de ‘traditionele’ rechtseconomie de wet van de verminderde meeropbrengsten

40 Macaulay 1963, Rooks 2002, Posner 2002, p. 148 e.v.

41 Barendrecht & De Vries 2004; vgl. Welsh 2004, p. 757 over een collectivistische dan wel individualistische inslag van onderhandelende personen in een geschil (vgl. Kritzer 2011, p. 19).

42 Vgl. Felstiner's *naming, blaming, claiming* uit 1981. Voornoemde Nederlandse geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken sluiten hierop aan.

43 Niettemin zijn volgens sommigen de drie disciplines onverenigbaar. Zo komt gedrag volgens rechtssocioloog Griffiths (1995) tot stand door aangeleerd normconform gedrag en niet door een kosten-batenafweging.

begon voor te doen.⁴⁴ Wat begon als de economische analyse van het recht was verworpen tot een veld waarin de nadruk lag op economische analyses, ten koste van toepassingsmogelijkheden in het juridische domein. Zij stelden tevens dat er te weinig pogingen werden ondernomen om de rationele keuzeaannames te verfijnen teneinde ze beter te laten aansluiten op de realiteit.⁴⁵

Intussen heeft het traditioneel rechtseconomische model in toenemende mate plaatsgemaakt voor een *beperkt* rationeel model waarin inzichten uit de (sociale) psychologie zijn verwerkt.⁴⁶ *Behavioral law and economics attempts to improve the predictive power of law and economics by building in more realistic accounts of actors' behavior.*

Psychologie & economie: de gedragseconomie

In de algemene, niet-rechtswetenschappen vertegenwoordigt *behavioural economics* – de gedragseconomie – de gemengd-economisch-psychologische – en neurowetenschappelijke – benadering (voor een literatuuroverzicht zie bijv. Della Vigna 2009). Vooral na de *prospect theory* van Kahneman en Tversky (1979 e.v.) zijn psychologische inzichten doorgedrongen tot de naoorlogse economische wetenschappen (Kahneman, Knetsch & Thaler 1986). De drie basisaannames van onbeperkte (1) rationaliteit, (2) wilskracht en (3) eigenbelang werden uitgedaagd en zijn inmiddels (deels) verfijnd (Jolls 2007: 39).

Ook in Nederland is groeiende belangstelling voor de werking van ‘het brein’ en de manieren waarop menselijk gedrag tot stand komt. ‘De laatste jaren raakt de wetenschap steeds meer ervan doordrongen hoezeer ons gedrag wordt gedetermineerd door processen in het onbewuste, en hoe slecht we onze werkelijke drijfveren eigenlijk kennen.’ (Tiemeijer e.a. 2009, p. 300). Een handzaam overzicht van inzichten met betrekking tot de ‘psychologie van het beslissen’ – afgezet tegen de economie – biedt Tiemeijer (2011; vgl. 2009). Hij gaat in op beperkte rationaliteit zoals onbewuste vertekeningen in de waarneming en het gebruik van vuistregels bij te maken keuzes, beperkte wilskracht, de rol van het onbewuste, beperkt eigenbelang en sociale normen en dilemma’s.

Berveling e.a. (2011) vatten deze inzichten als volgt samen: ‘uit zowel laboratorium- als veldexperimenten blijkt dat mensen inconsistent met hun tijd

44 Korobkin & Ulen 2000, p. 1054-1056.

45 Aldus Jolls 2007, p. 2. Overigens zijn lang niet alle auteurs de mening toegedaan dat de voorspellingskracht met de verfijning van rationele-keuzeaannames toeneemt (o.a. Mitchell 2002); zie verder par. 4 en 5.

46 Jolls 2007, Angner & Loewenstein 2007.

omgaan. Daarnaast zijn ze niet alleen op het eigen welzijn gericht maar ook op dat van anderen en laten zij de inschatting van risico's afhangen van de manier waarop keuzes zijn geframed of vormgegeven. Mensen overschatten hun eigen vaardigheden en gebruiken vuistregels om ingewikkelde problemen op te lossen. Ze laten zich door emoties leiden, vertonen gewoontegedrag en zijn zich lang niet altijd bewust van alle keuzes die ze maken' (2011: 6). De auteurs laten vervolgens zien wat inzichten uit de sociale psychologie en de gedragseconomie te bieden hebben voor het Nederlandse mobiliteitsbeleid.

Gedragseconomen denken dat overheidssturing 'slimmer' kan door niet zomaar uit te gaan van rationeel beslissende burgers, maar door rekening te houden met deze menselijke 'beperkingen'. Thaler en Sunstein (2008) opperen vernieuwende mogelijkheden voor sturing van menselijk gedrag in hun veelgelezen *Nudge*.

4.1 *Gedragseconomie en recht: behavioral law & economics*

De gedragseconomie is een betrekkelijk jong wetenschappelijk specialisme. De (empirische) toepassing ervan op het privaatrecht en op geschilgedrag in het bijzonder vertoont nog grote hiaten – zeker als het gaat om veldonderzoek. Niettemin is er toch al enig onderzoek verricht, in het bijzonder over contracten(recht), aansprakelijkheidsrecht, het verloop van processen en beslissingen van rechters, onderhandelen en schikken vs. procederen en burgerrechten en discriminatie. Het betreft echter vaak studies van zeker tien jaar terug. Bekende – deels oudere – (overzichts)artikelen in *behavioural law & economics* zijn die van Jolls, Sunstein en Thaler, Korobkin en Ulen en Jolls.⁴⁷ Zij geven voorbeelden van feitelijke en potentiële toepassingen van gedragseconomische inzichten op het recht, onder meer op gedrag in onderhandelingen of geschillen. Wat *neurowetenschappen* – ook beschouwd als onderdeel van de gedragseconomie – voor het Nederlandse civielrecht zouden kunnen betekenen – bijvoorbeeld met betrekking tot wilsbekwaamheid en aansprakelijkheid – is recentelijk tegen het licht gehouden door De Kogel, Schrama en Smit.⁴⁸

Hierna lichten we toe hoe gedragseconomische inzichten kunnen bijdragen aan een betere verklaring van geschilgedrag. Wij doen dit door drie basisaannames uit de huidige verklaringsmodellen uit te dagen en te laten zien dat zij maar in beperkte mate gelding hebben.

⁴⁷ Jolls, Sunstein & Thaler 1998, Korobkin & Ulen 2000, Jolls 2007.

⁴⁸ De Kogel, Schrama & Smit 2011.

Deze aannames hebben betrekking op de rationaliteit van geschilgedrag, op de wilskracht en het bewustzijn van betrokkenen en op de rol van het eigenbelang.

4.2 *Beperkte rationaliteit*

In het klassiek-rationele model wordt er doorgaans van uitgegaan dat mensen alle beschikbare informatie op correcte wijze verwerken en dat hun voorkeuren constant zijn.⁴⁹ Met beperkte rationaliteit wordt juist bedoeld op de rol van (a) onbewuste *vertekeningen* of 'biases' in percepties en (b) al dan niet bewust toegepaste *vuistregels* of 'heuristics' bij te maken keuzes.

Overoptimisme

Mensen schatten de kans op een negatieve gebeurtenis, bijvoorbeeld dat men een auto-ongeluk veroorzaakt, vaak kleiner in dan de objectieve gemiddelde kans.⁵⁰ Hetzelfde overoptimisme kan de kans op een schikking doen verminderen als partijen (beiden) denken goede kansen op winst te maken in een privaatrechtelijk proces. Dit inzicht is overigens al eerder doorgedrongen tot de rechtseconomie.⁵¹

'Self-serving bias'

Mensen neigen ernaar informatie te interpreteren vanuit hun eigen positie en belang; een vorm van selectieve perceptie (verwant aan cognitieve dissonantiereductie). In de context van rechtspleging en geschilbeslechting is dit fenomeen vooral experimenteel onderzocht.⁵² Vaak geciteerd is het voorbeeld van rechtenstudenten die als proefpersonen allemaal precies dezelfde feitelijke informatie over een geschil kregen. Een deel van deze studenten werd gevraagd zich voor te stellen de advocaat te zijn van de eiser, een ander deel kreeg de rol van advocaat van de gedaagde toebedeeld. De vertegenwoordigers van de eiser bleken de feitelijke informatie te interpreteren als in hun voordeel, terwijl de studenten in het kamp van de gedaagde dezelfde informatie eveneens beoordeelden als gunstig voor hún zaak. Mensen lijken dus nieuwe informatie tijdens een geschil of proces niet te gebruiken om hun visie aan te passen, zoals eerder door rechtseconomen werd verondersteld, maar juist

49 Vgl. de alweer klassieke boodschap van Simon 1955, dat mensen geen *maximisers* maar *satisficers* zijn.

50 Bijv. Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1092.

51 De Mot & De Geest 2004. Zie voorts eerdere verwijzingen met betrekking tot informatie-ongelijkheid, par. 3, waarin wordt verondersteld dat met informatieuitwisseling tussen partijen overoptimisme kan worden teruggedrongen, zodat de kans op bijv. een schikking stijgt.

52 Experimenteel onderzoek naar de *self-serving bias* in de specifieke context van procederen komt van Loewenstein, Issacharoff, Camerer & Babcock 1993; Babcock, Loewenstein, Issacharoff & Camerer 1995; Loewenstein & Moore 2004. Overigens bevat het Amerikaanse rechtssysteem regels voor *pretrial discovery* die bepalen wanneer en hoe een partij bij een geschil informatie ontvangt van de wederpartij. Volgens Korobkin & Ulen 2000 zullen zulke regels – op basis van gedragseconomische inzichten – niet snel effect sorteren.

om hun visie te versterken. In de beschikbare empirische resultaten bleek de rol van klassieke rechtseconomische verklaringen als informatie-asymmetrie of strategisch gedrag klein. Hierdoor bestaat de kans dat de verwachtingen van twee partijen alleen maar verder gaan verschillen, waardoor de kans op een schikking af- in plaats van toeneemt.⁵³

Een vergelijkbaar resultaat werd verkregen in experimenteel onderzoek naar aanleiding van een *real life* Texaanse aansprakelijkheidszaak, waarin studenten de rol van eiser of gedaagde kregen toebedeeld. Voordat dat ze de 'pretrial'-onderhandelingen in gingen, werd hun, nadat ze de zaak hadden bestudeerd, verteld dat een rechter uit Texas tot een veroordeling van tussen 0 en 100.000 USD was gekomen. Vervolgens werd hen gevraagd in te schatten wat het oordeel in financiële termen was. De 'eisers' schatten het oordeel ruim 14.500 USD hoger in dan de gedaagden. Ook lag hun oordeel over wat een 'faire' schikking was 17.700 USD hoger dan dat van de gedaagden.⁵⁴

Veldonderzoek over impasses in onderhandelingen over de contracten van leraren op openbare scholen in Pennsylvania biedt verdere empirische ondersteuning voor het *self-serving bias*-effect.⁵⁵ Zij vroegen in een enquête aan vakbondsleiders en voorzitters van schoolbesturen om 'vergelijkbare' schooldistricten te noemen met het oog op (hypothetische, voor onderzoeksdoelen) salarisonderhandelingen. Terwijl de vakbondsleiders het lerarensalaris in vergelijkbare districten gemiddeld vaststelden op 27.633 USD, bedroeg het salaris 26.922 USD gemiddeld volgens de bestuursvoorzitters. Volgens de onderzoekers was dit verschil ruim voldoende om tot lerarenstakingen te leiden, gelet op salarisverschillen die eerder tot stakingen hadden geleid.

Uit veldonderzoek naar faillissementszaken bleek dat advocaten met hun deskundigheid niet in staat waren de *self-serving bias* van cliënten weg te nemen, zoals vaak verondersteld, maar deze wel te kunnen reduceren.⁵⁶

Availability heuristic – hindsight bias

Mensen schatten kansen op gebeurtenissen vaak verkeerd in, omdat ze afgaan op wat zij mentaal beschikbaar hebben, met andere woorden op wat ze weten en kennen, of op wat recentelijk heeft plaatsgevonden.⁵⁷ Een variant hierop is de achteraf-vertekening. Besluitnemers kennen achteraf buitenproportioneel grote kansen toe aan een gebeurtenis, eenvoudigweg omdat deze heeft plaatsgevonden. Dit kan bijvoorbeeld zijn weerslag hebben op het besluit van partijen om over te gaan tot 'naming' en 'claiming' in een probleemge-

53 Korobkin & Ulen 2000, 1094; Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1503-1504; Korobkin & Guthrie 2004, p. 801.

54 Babcock, Loewenstein, Issacharoff & Camerer 1995.

55 Babcock, Wang & Loewenstein 1996.

56 Jolls, Sunstein & Thaler 1998 in verwijzing naar Eisenberg 1994 en Babcock 1997.

57 Guthrie e.a. 2007, Faure 2010, p. 27; vgl. Tiemeijer 2011, p. 18-19.

laden situatie. In het (fictieve) voorbeeld op het terrein van aansprakelijkheidsrecht van Faure oordeelde een rechter naar aanleiding van een ongeluk en een schadeclaim dat een fietser risicovol gedrag had vertoond, terwijl de feitelijke ‘ex ante’ kans op een ongeluk gering was (zie de box hierna voor meer over het gedrag van rechters).⁵⁸

Anchoring of het ‘anker’-effect

Mensen hebben een ijkpunt of anker nodig. Het openingsbod – hoe laag ook – in een onderhandelingsproces kan medebepalend zijn voor de uiteindelijke acceptatie van het eindbod door de ontvanger, zo stellen Korobkin en Guthrie op basis van experimenteel onderzoek.⁵⁹ Dit heeft rechtstreekse relevantie voor de eerste onderhandelingsfase en een eventueel latere schikkingsfase in geschillen.

Het denken en doen van rechters

Er is recent, ook in eigen land, veel aandacht besteed aan hoe rechters tot beslissingen komen en wat de rol van cognitieve beperkingen daarin is. Een internationaal standaardwerk is dat van Richard Posner – *How judges think* (2008). Ten Velden en De Dreu (2012) concludeerden op basis van experimenteel onderzoek met proefpersonen en vereenvoudigde strafrechtelijke dossiers bijvoorbeeld dat de (bewezen) meerwaarde van *meervoudige* afdoening van (straf)zaken teniet kan worden gedaan door gebruik van vuistregels door rechters – met name onder tijdsdruk. Hierdoor verwerken rechters informatie onvolledig, maken ze (statistische) denkfouten en besteden ze selectief aandacht aan wat in hun geheugen beschikbaar is.

Guthrie, Rachlinski en Wistrich (2007) lieten eerder op basis van de literatuur en eigen werk ook al zien dat rechters onderhevig zijn aan cognitieve beperkingen, bijvoorbeeld ook aan het voornoemde *anchoring* en *hindsight-bias effect*. Maar zij vonden ook dat wanneer rechters door de aard van de zaak het ‘signaal’ van complexiteit meekregen, dit hen ertoe aanzette om meer deliberatief in plaats van intuïtief te werk te gaan (vgl. Rachlinski 2012).

Endowment effect of status-quo vertekening

Een variant van verliesaversie is dat mensen meer waarde hechten aan wat ze bezitten dan aan wat ze (nog) niet bezitten. Zo bleek in het contractenrecht dat standaardtermen lastiger te ‘omzeilen’ zijn in contracten dan op rechtseconomische grond voorspeld. Volgens de

⁵⁸ Faure 2010.

⁵⁹ Korobkin & Guthrie 2004.

onderzoekers is dat omdat de standaardtermen gezien worden als een verworvenheid of recht, dat onderdeel is van de status-quo.⁶⁰

Een parallel voorbeeld betreft het bereiken van een schikking tussen partijen na een gerechtelijke uitspraak (*bargaining around court orders*).⁶¹ In geen van twintig onderzochte praktijkzaken met betrekking tot overlast bleek dat een aanzet tot onderhandelen was gedaan. Dit ondanks gunstige economische randvoorwaarden, zoals lage transactiekosten en wederzijds potentieel voordeel. Volgens de onderzoekers werd de uitspraak als een verworvenheid gewaardeerd.

Frames

Frames zijn interpretatieschema's van de werkelijkheid. Door een onderwerp op een bepaalde wijze, in een bepaald frame, te communiceren kan die interpretatie worden beïnvloed. In de politiek of in een therapeutische setting wordt dit inzicht veelvuldig toegepast. Het gaat echter om meer dan communicatie. In de sociologie is veel onderzoek verricht waaruit blijkt dat de omgeving *cue power* heeft en daarmee frames kan activeren. Een mooi voorbeeld is de criminologische *broken windows*-theorie, die stelt dat een wanordelijke omgeving maakt dat mensen vaker normoverschrijdend gedrag gaan vertonen, omdat ze zien dat anderen dat ook deden.⁶² Psychologisch onderzoek heeft laten zien dat de keuzes die mensen in objectief identieke situaties maken afhankelijk zijn van de wijze waarop het keuzeprobleem wordt geframed.⁶³ Voorkeuren en gedrag van mensen worden dus sterk beïnvloed door het 'frame' waarin zij gebeurtenissen interpreteren. Onderzoek vanuit framingsperspectief kan zo meer licht werpen op cognitieve beperkingen, zoals het niet goed interpreteren van abstracte statistische informatie en kansen. De wijze waarop zaken worden voorgesteld, beïnvloedt dus het gedrag van partijen in geschillen (zie par. 3.2 over verliesaversie). Bijvoorbeeld als de verwachte uitkomsten van een beslissing worden gepresenteerd als een verliesrisico in plaats van als een kans op winst.

4.3 Beperkte wilskracht en beperkt bewustzijn

Verweven met de voornoemde vertekeningen en vuistregels is het onderscheid tussen onbewuste en bewuste besluitvorming. In de psychologie worden beide systemen tegenwoordig gezien als invloedrijk.⁶⁴ Het bewuste biedt de mogelijkheid tot zelfcontrole en

60 Korobkin & Ulen 2000, p. 1112; Jolls, Sunstein & Thaler 1998. Het *endowment effect* is een van de meest onderzochte fenomenen in *behavioural law & economics* (Jolls 2007).

61 Farnsworth 1998.

62 Wilson & Kelling 1982. Tiemeijer 2011 merkt de *broken windows*-theorie overigens ook aan als voorbeeld van onbewuste 'priming' (in dit geval door de omgeving).

63 Tversky & Kahneman 1981.

64 O.a. Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 106-109, Tiemeijer 2011.

afgewogen keuzes. De bewuste processen verlopen langzamer dan de minder verfijnde onbewuste processen en kosten energie om flexibel en nauwkeurig te zijn. Het onbewuste vertegenwoordigt daarentegen gewoontegedrag en -keuzes en kost minder energie.⁶⁵

Kenmerk	Systeem 1: intuïtief	Systeem 2: deliberatief
Cognitieve stijl	Heuristisch	Systematisch
Cognitief bewustzijn	Laag	Hoog
Controle	Laag	Hoog
Mate van automatisering	Hoog	Laag
Snelheid	Hoog	Laag
Inspanning	Weinig	Veel
Betrouwbaarheid	Beperkt	Hoog
Emotionele waardigheid	Hoog	Laag

Bron: Guthrie, Rachlinski en Wistrich (2007:108); vlg. Sunstein en Thaler (2008)

Voorbeelden van beperkt cognitief bewustzijn zijn moreel geladen en normconform gedrag. Sunstein trekt de in paragraaf 4.1 genoemde ‘feitelijke’ vertekeningen en vuistregels door naar het morele domein.⁶⁶ Wilkinson-Ryan en Baron onderzochten de rol van deze *moral heuristics* in het geval van contractbreuk, op basis van fictieve voorbeelden in internetenquêtes.⁶⁷ De onderzoekers vonden onder meer dat respondenten in de rol van benadeelde partij gepercipieerde *opzettelijke* contractbreuk door de wederpartij systematisch sterker afkeurden dan verwijtbare *nalatigheid* (ongeacht financiële en juridische gevolgen). Eén conclusie van de onderzoekers luidt dan ook dat mensen gevoelig zijn voor de morele dimensie van contractbreuk, in dit geval de waargenomen *intenties* van de wederpartij. Dit inzicht kan van betekenis zijn voor begrip van het verdere verloop van privaatrechtelijke geschillen.

In reactie op het klassiek-rechtseconomische model poneerde rechtssocioloog Griffiths dat veel gedrag in relatie tot het recht niet het resultaat is van een doelgerichte belangenafweging, maar is aangeleerd en gebaseerd op geïnternaliseerde (sociale) normen.⁶⁸ Deze sociale normen kunnen de werking van het recht doorkruisen, maar ook versterken. Berveling e.a.⁶⁹ wijzen op de sterke rol van descriptieve normen, wat de meeste mensen doen,

65 In aansluiting hierop worden tegenwoordig in de gedragseconomie ook de cognitieve respectievelijk emotionele processen onderzocht die aan besluitvorming ten grondslag liggen, onder meer met behulp van MRI-scans. Angner & Loewenstein 2008, p. 44-45.

66 Sunstein 2005.

67 Wilkinson-Ryan & Baron 2009.

68 Griffiths 1995.

69 Berveling e.a. 2011.

wat normaal is, op gedrag en zetten dit af tegen de invloed van prescriptieve (bijv. overheids)normen. Descriptieve normen spelen mogelijk ook een rol in het verloop van geschillen. Denk bijvoorbeeld aan hoe belangrijke anderen in de sociale omgeving van een partij zich opstellen in onderhandelingen en conflicten.

Een ander voorbeeld betreft grenzen aan de wilskracht van mensen. Het klassiek-economische model impliceert onbeperkte wilskracht, in die zin dat mensen zichzelf kunnen beheersen: het voorspelt bijvoorbeeld dat aan 100 euro nu en aan 110 euro over een week door een individu evenveel nut wordt toegekend. Maar het realiseren van een keus voor de laatste optie vergt een mate van zelfbeheersing die volgens gedragseconomen beperkt is. Mensen genieten liever nu dan later.⁷⁰ Dit kan zijn weerslag hebben op bijvoorbeeld schikkingsonderhandelingen tussen partijen. Zo zou een eiser geneigd kunnen zijn om te schikken omdat de opbrengst daarvan relatief snel beschikbaar komt, ondanks dat een rechtszaak wellicht meer zou opleveren.

Jolls betreft beperkte wilskracht op het contractenrecht.

*An individual with bounded willpower will often have difficulty sticking to even the best-laid plans. (...) The efficacy of a contract between the individual suffering from bounded willpower and a bank or other savings institution (...) from the standpoint of the individual at the time of contemplating such a contract depends critically on whether contracts are, or can be made, non-renegotiable. Only if renegotiation is impossible can the parties avoid the effects of bounded willpower and achieve commitment to the initial plan.*⁷¹

4.4 Beperkt eigenbelang

Steeds vaker wordt aangenomen dat mensen en dus ook geschilpartijen behalve materiële aspecten ook factoren uit hun sociale omgeving laten meewegen. Ze zijn bijvoorbeeld niet alleen op het eigen welzijn gericht, maar ook op dat van anderen. Een terugkerende vraag daarbij is of mensen ‘echt’ altruïstisch zijn of voornamelijk uit eigenbelang op de langere termijn handelen, dan wel om er zelf een goed gevoel van te krijgen. Denk aan de in paragraaf 3.3 besproken economisch-sociologische inzichten met betrekking tot reputatie en toekomstige (handels)relaties, die worden verdisconteerd in een doelgerichte belangen-

⁷⁰ O.a. Berveling 2011, p. 21.

⁷¹ Jolls 2007, p. 28-29 in verwijzing naar eerder eigen werk.

afweging. Uit gedragswetenschappelijk onderzoek is af te leiden dat mensen wel degelijk ook intrinsiek altruïstische drijfveren hebben.⁷²

Normen met betrekking tot wat 'fair' of rechtvaardig is, kunnen een partij aanzetten tot beloning – of juist afstraffing – van de wederpartij. Mensen willen anderen rechtvaardig behandelen, maar zelf ook rechtvaardig behandeld worden. Ze zijn *conditional cooperators* die zich, bijvoorbeeld in geschillen, coöperatief opstellen, tenminste zolang anderen dat ook doen. Tevens zijn ze *altruistic punishers*, die anderen afstraffen die zich niet aan de samenwerkingsnorm houden. Zoals het stoppen met het doen van nieuwe voorstellen in schikkingsonderhandelingen of het geheel afbreken daarvan, zodra de wederpartij geen goede wil toont. In experimentele situaties met twee partijen, waarin één partij het eerste bod mag doen, wordt de fifty-fifty verdeling in veel gevallen uiteindelijk toch benaderd als onderhandelingsresultaat.⁷³ Dit duidt volgens velen op de aanwezigheid van rechtvaardigheidsgevoel bij partijen.

We bespraken rechtvaardigheidsnoties ook al in paragraaf 3.2 over (rechts)psychologie. Maar hier ging het om factoren die bepalend zijn voor de mate waarin partijen een *procedure*, bijvoorbeeld een rechtszaak of arbitrage, *fair* vinden. Meer in het bijzonder, en verband houdend met het onder paragraaf 4.1 genoemde punt van *anchoring*, is op basis van de gedragseconomie te concluderen dat mensen een uitkomst van een onderhandelingproces of procedure als onrechtvaardig zullen beoordelen als deze substantieel afwijkt van een referentiepunt, bijvoorbeeld een eerdere procedure of transactie.⁷⁴

4.5 Een aangepast mensbeeld?

De trend naar integratie van deze onderzoekstradities duidt erop dat noch de 'traditionelere' rechtseconomie, noch de rechtssociologie of -psychologie afzonderlijk in staat is om geschilgedrag in voldoende mate te verklaren. Veel gedragseconomen pleiten voor een – ten opzichte van de economie – aangepast 'mensbeeld' om tot betere verklaringen van

72 Deze conclusie trekt althans Tiemeijer (2011, p. 71-76) op basis van zijn literatuurstudie over de sociaalpsychologische en evolutionaire grondslagen van altruïstisch gedrag.

73 Het betreft hier 'ultimatum-spellen', zie o.a. Camerer 2003. Conditie is dat in geval van afwijzing door de ontvanger van het bod van de verdeler, het geld teruggaat naar de uitvoerder van het experiment. Volgens de klassiek-economische (spel)theorie zal de verdeler zo weinig mogelijk geld aan de ontvanger geven, die het dan accepteert omdat dit altijd nog meer is dan niets.

74 Van den Bos (2009) stelt dat bij gebrek aan houvast (onzekerheid) de nadruk komt te liggen op de ervaren procedurele rechtvaardigheid. Als mensen niet weten wat in hun specifieke geval eigenlijk een rechtvaardige uitkomst is (bijv. als ze geen vergelijkingsmateriaal hebben) gaan ze vooral af op de manier waarop ze behandeld zijn, bijvoorbeeld in een gerechtelijke procedure. Op basis van de empirische literatuur meent Van Velthoven (2011) daarentegen dat de uitkomst, ofwel *distributieve* rechtvaardigheid, nog altijd zwaarder weegt dan procedurele rechtvaardigheid.

gedrag te komen. *Predictively irrational* verwijst naar consistente en systematische afwijkingen van het rationele model.⁷⁵

Maar hier zit een valkuil. Aanpassing van het rationeel ‘mensbeeld’ door de beperkingen daarvan in het theoretisch model te verwerken leidt tot nieuwe problemen. Mitchell stelde dat een verfijnd, *predictively irrational* verklaringsmodel even gebrekkig is als het puur (rechts)economische model, zolang het claimt *algemeen geldend* te zijn.⁷⁶ Hierover gaat de volgende paragraaf.

5 MET CONTEXT MEER HOUVAST

De beschreven gedragseconomische inzichten laten zien dat toenadering tussen de klassieke rechtswetenschappelijke disciplines nuttig is om tot meer realistische verklaringen te komen voor fenomenen zoals geschilgedrag. Maar dit is niet zonder haken en ogen. *Behavioural law & economics* is weliswaar een stap in de goede richting, maar er is geen sprake van samenhangende theorievorming. Vooralsnog is sprake van tegenstrijdige resultaten. Zo bespraken we eerder in dit hoofdstuk het *endowment effect*. Een voorbeeld van dit effect is de remmende werking van standaardcontractbepalingen of een rechterlijke uitspraak op het bereiken van overeenstemming tussen partijen, omdat deze door partijen als een verworvenheid worden gezien waarvan men niet bereid is afstand te doen. Naar het *endowment effect* is nogal wat onderzoek gedaan, maar dit heeft ook tegenstrijdige resultaten opgeleverd. Zo troffen Plott en Zeiler het effect niet aan, maar anderen, zoals Korobkin, weer wel.⁷⁷ Volgens Jolls wijzen deze verschillende resultaten op contextuele invloeden op de sterkte van dit effect.⁷⁸ Met het oog op implicaties van de gedragseconomie voor het recht concludeert ook Faure dat de menselijke perceptieverbormingen en besluitvustregels gemakkelijk tot elkaar tegensprekende uitspraken leiden.⁷⁹

Als we de hiervoor besproken gedragseconomische inzichten proberen toe te passen op geschilgedrag, levert dat eveneens tegenstrijdige resultaten op. Bijvoorbeeld: krijgen mensen in geval van onvolledige informatie nu ‘last’ van overoptimisme en gaan ze relatief vaker over tot een formele procedure? Of maakt onvolledige informatie hen juist angstig om (onbekende) risico’s te nemen en zullen ze dus juist niet kiezen voor een formele procedure? Of zullen ze juist schikken, omdat ze kiezen voor ‘snel geld’, ook al is het schik-

75 Ariely 2010. Dit vertoont overeenkomsten met het sociaalpsychologische concept van de *sense-making individual*. In dit perspectief is het vertrekpunt dat het individu probeert de wereld om zich heen te begrijpen op basis van informatievergaring (Rijnja, Seydel & Zuure 2011, Van den Bos 2009).

76 Mitchell 2002.

77 Plott & Zeiler 2007; vgl. Korobkin 1998.

78 Jolls 2007.

79 Faure 2010.

kingsvoorstel financieel suboptimaal?⁸⁰ Het afleiden van hypothesen wordt er zo dus niet eenvoudiger op. Verwerking van gedragseconomische inzichten in verklaringsmodellen leidt dus vooralsnog niet automatisch tot verbeterde *algemene* verklaringen.

5.1 *Condities*

Wij denken dat een oplossingsrichting zou kunnen liggen in het specificeren van de (geschil)context. Onder welke condities – *wanneer?* – is in geschillen een vertekening in percepties of gebrek aan zelfcontrole te verwachten of wanneer werken deze het sterkst? *Wanneer* hanteren geschilpartijen vuistregels? Onder welke condities laten partijen sociale of altruïstische kanten zien en *wanneer* is (financieel) eigenbelang hun belangrijkste drijfveer?

Nobelprijswinnaar Gigerenzer (2006) stelde dat: '[h]euristics should not lead us to conceive of human thinking as riddled with irrational cognitive biases, but rather to conceive rationality as an adaptive tool.' Hij stelt dat vooral in contexten van onzekerheid (onvolledige informatie) en tijdsdruk 'irrationele' processen eerder in werking treden. Nu zijn onzekerheid en tijdsdruk condities van algemene aard, maar het zijn ook aspecten waarop geschilcontexten in de praktijk kunnen verschillen. We zagen hiervoor bijvoorbeeld een duidelijk effect van tijdsdruk op de manier waarop rechters (gezamenlijk) tot beslissingen komen.

Met context bedoelen wij hier expliciet verschillen in *real life* situaties.⁸¹ In paragraaf 1 wezen we op Kritzer's observatie dat het *type geschil* relatief veel van het geschilgedrag verklaart. Kritzer schrijft dit – in elk geval wat betreft de vroege geschilfase – toe aan de sociale context van geschillen. Zo is 'exit' (zich onttrekken aan het probleem, niet claimen) in geval van discriminatie bij het kunnen huren van een huis gemakkelijker, dan wanneer een potentiële partij op het werk of op school wordt gediscrimineerd.

Het type geschil is niet alleen een proxy voor sociale, maar ook voor juridische, financiële, institutionele⁸² en (sociaal)psychologische condities. Denk alleen al aan de verschillen

⁸⁰ Faure 2010, p. 65.

⁸¹ In de experimentele literatuur wordt onder 'besliscontext' daarentegen vaak de onderzoekscontext verstaan, zoals de wijze waarop opties worden gepresenteerd of *framing*.

⁸² We moeten de praktische verklaringskracht van institutionele context niet onderschatten – als besproken in par. 2 hiervoor. Denk aan de onmogelijkheid om voor bepaalde typen problemen een rechtsbijstandsverzekering te nemen. Deze sluit opties voor sommige partijen af, waardoor nauwelijks nog van keuzegedrag kan worden gesproken.

in condities die een (vaak emotioneel geladen en juridisch en financieel relatief complexe) scheidingskwestie met zich brengt, in vergelijking met een consumentenkwestie, zoals de anonieme aanschaf van een niet functionerende *smart-tv* via internet.

Rechtvaardigheid in context

In het kader van beperkt eigenbelang bespraken we hiervoor (par. 4.3) de rol die *fairness* of rechtvaardigheid kan spelen in (keuze)gedrag van partijen in geschillen. Hoe dit tot uiting komt in het geschilgedrag is waarschijnlijk niet constant, maar afhankelijk van condities die per geschil kunnen variëren. Hierna bespreken we twee van dergelijke condities: financiële belangen en de aard van de relatie tussen twee geschilpartijen.

Rechtvaardigheid en financieel belang

Rabin (1993) modelleerde de rol van *fairness* en verbittering (in spelsituaties) als volgt:

(a) Mensen zijn bereid om hun eigen materiële welzijn op te offeren om diegenen die ‘aardig’ zijn (geweest) te belonen.

(b) Mensen zijn bereid om hun eigen materiële welzijn op te offeren om diegenen die niet ‘aardig’ zijn (geweest) te straffen (‘verbittering’, *acrimony*).

(c) Zowel reden (a) als (b) hebben een grotere impact op de keuzes naarmate de materiële kosten van het ‘offer’ kleiner zijn.

Verbittering is aanwezig in uiteenlopende stadia en typen van geschillen. Volgens Jolls, Sunstein en Thaler (1998: 1495) zijn de meeste scheidingskwesties die bij de rechter belanden het resultaat van verbittering. Verwant aan verbittering is het fenomeen van ‘reactieve devaluatie’, dat het onderhandelen en het bereiken van overeenstemming bemoeilijkt (Welsh, 2004: 759; Korobkin & Guthrie 2004; vgl. Barendrecht & De Vries 2004). Een oplossing, hoe *fair* ook, verliest vaak zijn aantrekkelijkheid, zodra deze op tafel wordt gelegd door de wederpartij.

Vooraf (c) is hier interessant. Rabin stelt het rechtvaardigheidsgevoel van mensen *afhankelijk* van het materiële offer dat ze daarvoor moeten leveren. Daarmee geeft hij aan dat mensen zowel sociale als materiële ‘receptoren’ hebben. In dit geval is de relevante contextuele conditie het financiële belang van één of twee (geschil)partijen en dat bepaalt welk van de twee receptoren domineert. Vgl. Mitchell (2002: 74 e.v.): *‘It cannot necessarily be assumed that decisions with*

material consequences will proceed in the same manner as decisions without material consequences.’ Wellicht zal de plek van individuele partijen op een egoïsme-altruïsmeschaal ook invloed hebben op de mate waarin materieel belang doorwerkt in hun ‘offer’. Dergelijke persoonlijkheidskenmerken kunnen ook als onderdeel van de geschilcontext in beschouwing worden genomen.

Rechtvaardigheid en de aard van de relatie tussen onderhandelingspartijen

Op een vergelijkbare manier laat Welsh (2004) zien dat rechtvaardigheidsnoties afhankelijk zijn van de aard van de relatie tussen geschilpartijen. Deze relatie kunnen we zien als een sociaal aspect van de geschilcontext. Onderzoek laat volgens haar zien dat, hoe hechter en toekomstgerichter een relatie tussen partijen in tweezijdige onderhandelingen, hoe meer aandacht partijen hebben voor *fairness*.

‘Relationships obviously matter in negotiators’ definitions of fair outcomes. (...) [T]he existence of a positive relationship with another negotiator makes the attainment of a fair outcome relevant. Further, positive social relationships influence negotiators’ selection of the particular fair allocation principle that will anchor their negotiations. If a negotiator is dividing a resource with someone else and expects future, positive interactions with that person, the negotiator tends to use the equality principle to define distributive fairness. Those people with some of the strongest attachments – e.g., romantically involved negotiators – have lower aspirations and reach less Pareto-efficient outcomes than negotiators who are friends. The romantically involved negotiators place primary value upon the continuation of their relationship. In contrast, negotiators who are friends or colleagues often benefit from the combination of a long-term relationship and high individual aspirations.’

(Gedrags)economen erkennen weliswaar dat hun, vaak op experimenten gebaseerde, voorspellingen afhankelijk zijn van, soms bekende, vaak onbekende, omstandigheden. Maar deze condities worden in het empirisch onderzoek nog slechts in beperkte mate meegenomen, in ieder geval niet met betrekking tot geschilgedrag. Juist het beeld van een complexere mens met niet alleen economische, maar ook emotionele en sociale ‘receptoren’, vraagt om aandacht voor de uiteenlopende contextuele condities die gedragsreacties beïnvloeden.

Eerder stipten we de verschillende omstandigheden aan van een scheidingskwestie waaraan een ruzie ten grondslag ligt in vergelijking met de anonieme aanschaf via internet van een niet functionerende *smart-tv*. Deze twee geschilcontexten verschillen sterk op elementen als zakelijkheid vs. emotionele geladenheid, juridische complexiteit en financieel gewicht. Alleen al deze verschillende omstandigheden zouden, gelet op het voorgaande, op het gedrag van één partij een verschillende uitwerking kunnen hebben. Is de context zakelijk en koel, zoals in het geval van de *smart-tv*, dan zal de consument eerder een *beredeneerde* afweging maken tussen het potentieel te behalen voordeel en de kosten van te maken keuzes. Is de context ook nog eens juridisch overzichtelijk – dit lijkt waarschijnlijker bij de *smart-tv* dan in geval van de scheiding – dan treden er wellicht ook minder snel vertekeningen op in percepties van de situatie door partijen. Maar in een emotioneel geladen geschilcontext, zoals de pijnlijke scheidingskwestie, bestaat bijvoorbeeld de mogelijkheid dat een partij er uit verbittering primair op uit is om de wederpartij te schaden. Interessant wordt het wanneer er behalve verbittering ook grote financiële belangen in het spel zijn. Dan komt de vraag op of, en zo ja in hoeverre, materiële aspecten ‘verbitterd gedrag’ zullen temperen of wellicht zullen aanwakken.

6 CONCLUDEREND

In het voorgaande presenteerden we inzichten uit de gedragseconomie teneinde meer zicht te krijgen op de keuzes van mensen in geschillen (‘geschilgedrag’). *Behavioural law & economics* is een nog relatief jonge tak van rechtswetenschap. Er is nog niet sprake van één samenhangende theorie. Verbetering van de *algemene* verklaringen of uitspraken op basis van een aangepast gedragseconomisch ‘mensbeeld’ blijkt lastige problemen met zich te brengen. Zo kunnen de verschillende menselijke *biases & heuristics* (vertekeningen en vuistregels) tot voorspellingen van geschilgedrag leiden die elkaar tegenspreken.

Een uitweg voor de problemen van generaliseerbaarheid is, zo lieten we zien in de vorige paragraaf, om meer aandacht te ontwikkelen voor de *context* waarin (geschil)gedrag zich voordoet. Juist het beeld van een complexe mens met niet alleen economische maar ook emotionele en sociale ‘receptoren’, vraagt om aandacht voor de uiteenlopende omstandigheden die gedragsreacties kunnen oproepen. Vanuit de empirie geredeneerd wijzen we dan vooral op condities die samenhangen met het type geschil. Denk aan financieel gewicht (groter bij bijv. onroerend-goed geschillen dan in geval van de meeste consumentenproblemen), institutionele context (bijv. voor bepaalde typen geschillen zijn bepaalde keuzes uitgesloten, bijvoorbeeld omdat zij niet op te lossen zijn zonder een vonnis van een rechter)

of emotionele geladenheid (waarschijnlijk heel anders in familie- dan in consumentenkwes- ties).⁸³

Die condities zijn zo bepalend voor stappen die partijen zetten in een geschil. Door zo te redeneren ontstaat ruimte voor een meer samenhangend kader, waarin uiteenlopende verklaringen geïntegreerd kunnen worden.

Het belangrijkste voor empirisch geschilbeslechtingsonderzoek is om gericht te variëren op contextuele condities, zoals complexiteit, financieel belang of op de aard van de relatie tussen partijen. Daarnaast is het belangrijk om aan te sluiten bij de juridische praktijk. Theoretisch relevante vragen kunnen zodanig worden geoperationaliseerd dat zij ook een praktische bijdrage leveren, bijvoorbeeld door de empirisch meest voorkomende typen geschillen te bestuderen of door in te zoomen op fasen in het geschil die de meeste aanknopingspunten bieden voor het recht.

Veldonderzoek (enquêtes, observatie, interviews) lijkt het meest geschikt voor het vergaren van meer inzicht in de verbanden tussen real-life condities (geschilcontext) en de stappen die mensen in een geschil zetten. Maar als eerste stap zou een meta-analyse van bestaande onderzoeksresultaten, per fase van het geschil (en ingedeeld naar theorie, experiment en empirie) zinvol zijn. Wat is al bekend over bijvoorbeeld onderhandelingen tussen partijen in een vroege fase van het geschil? Wat is vervolgens bekend over de omstandigheden waaronder eisers of gedaagden onderhandelden (contextcondities)? En wat is bekend over eigenschappen van de partijen bij het geschil? Een dergelijke meta-analyse zou zeer nuttig zijn, niet alleen om de beschikbare kennis systematisch in kaart te brengen, maar ook om lacunes vast te stellen.

De vervolgstap zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit een analyse van twee typen veel voorkomende geschillen in één bepaalde ontwikkelingsfase. Om het beste greep te krijgen op *triggers* van gedrag zou systematisch op een bepaald contextelement kunnen worden gevarieerd, bijvoorbeeld op complexiteit, financieel belang, op emotionele geladenheid of de onderlinge relatie tussen partijen. Waar de generaliseerbaarheid van experimentele

83 Korobkin & Ulen (2000, p. 1075) leken het destijds al te zien: 'The answer is to enhance RC theory by developing a more subtle, textured understanding of how actors make decisions in various situations, relying extensively on empirical data. The end point of this broad research agenda wil likely *not be a single unified theory* designed to explain or predict the full realm of human decision-making behavior. Rather, it is more likely to be a *collection of situation-specific insights* that can assist policymakers dealing with relevant problems. What the law-and-behavioral science approach gives up in parsimony and universality, relative to rational choice theory, will be compensated for by its increased usefulness in the task of developing situation-specific legal policy.'

contextfactoren naar de echte wereld in het geding is, lijkt veldonderzoek aangewezen, mits voor eenzelfde systematische insteek wordt gekozen.

Het voorgaande leidt tot de slotconclusie dat inzichten uit de gedragseconomie zijn te gebruiken om richting te geven aan de verklaring van geschilgedrag. Dat leidt vooralsnog echter tot tegenstrijdige hypothesen. Door de context van (geschil)gedrag in de verklaring te betrekken kan hieraan tegemoet worden gekomen. Dat biedt tevens goede aanknopingspunten voor vervolgonderzoek.

LITERATUUR

Angner & Loewenstein 2007

E. Angner & G.F. Loewenstein, *Philosophy of science: Philosophy of economics*, 2007, p. 641-690, Uskali Mäki ed., Amsterdam: Elsevier, 2012. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=957148>.

Ariely 2010

D. Ariely, *Predictively irrational. The hidden forces that shape our decisions*, Harper Perennial/New York Times, 2010.

Ashford 2005

R. Ashford, *Socio-economics. An overview*, 2005. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=882751>.

Babcock et al. 1995

L. Babcock, G. Loewenstein, S. Issacharoff & C. Camerer, 'Biased Judgments of Fairness in Bargaining', *American Economic Review* 85 nr. 1337, 1995, p. 1337-1343.

Babcock et al. 1996

L. Babcock, X. Wang & G. Loewenstein, 'Choosing the Wrong Pond: Social Comparisons That Reflect a Self-Serving Bias', *Quarterly Journal of Economics* 111, 1996, p. 1-19.

Barendrecht & De Vries 2004

J.M. Barendrecht & B. de Vries, *Fitting the forum to the fuss with sticky defaults: failure on the market for dispute resolution services?*, Tilburg: Tilburg Law and Economics Center 2004.

Bar-Gill 2008

O. Bar-Gill, 'The behavioural economics of consumer contracts', *Minnesota Law Review* nr. 92, 2008, p. 749-802.

Benson 2000

B.L. Benson, 'Arbitration', in: B. Bouckaert & G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, The economics of crime and litigation*, Vol. V, Cheltenham/Nothampton: E. Elgar 2000, p. 159-195.

Berends 1993

M. Berends, *Geschilbeslechts. De advocatuur door een andere bril bekeken*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993.

Berveling 2011

J. Berveling, H. Derriks, O. van de Riet, R. Smit & M. Storm, *Gedrag in beleid. Met psychologie en gedragseconomie het mobiliteitsbeleid versterken*, Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid (KiM), Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011.

Bos 1999

K. van den Bos, 'What are we talking about when we talk about no-voice procedures? On the psychology of the fair outcome effect', *Journal of Experimental Social Psychology*, 35, 1999, p. 560-577.

Bos 2001

K. van den Bos, 'Uncertainty management: The influence of uncertainty salience on reactions to perceived procedural fairness', *Journal of Personality and Social Psychology*, 80, 2001, p. 931-941.

Bos 2003

K. van den Bos, 'On the subjective quality of social justice: The role of affect as information in the psychology of justice judgments', *Journal of Personality and Social Psychology*, 2003, 85, p. 482-498.

Bos 2006

K. van den Bos e.a., 'On preferences and doing the right thing: Satisfaction with advantageous inequity when cognitive processing is limited', *Journal of experimental social psychology*, 2006, 42, p. 273-289.

Bos 2009a

K. van den Bos, 'Making sense of life: The existential self trying to deal with personal uncertainty', *Psychological Inquiry*, 9, nr. 4, 2009, p. 197-217.

Bos 2009b

K. van den Bos, 'De menselijke beslisser – over de psychologie van keuze en gedrag', in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De menselijke beslisser*, 2009, p. 89-113.

Camerer 2003

C.F. Camerer, *Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interaction*, Princeton University Press 2003.

Coase 1960

R. Coase, 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics*, jrg. 3, nr. 1, 1960, p. 1-44.

Cooter & Rubinfeld 1989

R. Cooter & D. Rubinfeld, 'Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution', *Journal of Economic Literature* 27, 1989, p. 1067-1097.

Croes & Van Gammeren 2007

M. Croes & M. van Gammeren, 'Vertrouwen in de geschilbeslechtsingsdelta', *Mens en maatschappij*, jrg. 82, nr. 1, 2007, p. 51-71.

Croes & Leeuw 2012

M. Croes & F. Leeuw, 'De logos van het civiele', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 7-32.

Dallas 2004

L.L. Dallas, *Law and Public Policy: A Socio-Economic Approach*, Durham: Carolina Academic Press 2004.

DellaVigna 2009

S. DellaVigna, 'Psychology and economics: Evidence from the field', *Journal of Economic Literature*, 47, nr. 2, 2009, p. 315-372.

Drahozal 2004

C.D. Drahozal, 'A behavioral analysis of private judging', *Law and contemporary problems*, nr. 67, 2004, p. 105-131.

Eshuis & Paulides 2002

R.J.J. Eshuis & G. Paulides, *Van rechtbank naar kanton. Evaluatie van de competentiegrensverhoging voor civiele handelszaken in 1999*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC, Onderzoek en Beleid, 2002, nr. 204.

Faure 2010

M. Faure, 'Behavioural Accident Law and Economics', *Journal of applied economy*, 2010, p. 11-86 (available at SSRN).

Felstiner et al. 1981

W.L.F. Felstiner, R.I. Abel & A. Sarat, 'The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming', *Law and Society Review*, jrg. 15, 1981, p. 631-654.

Genn 1999

H. Genn, *Paths to justice: What people do and think about going to law*, Oxford: Hart Publishing 1999.

Gigerenzer 2006

G. Gigerenzer, 'Bounded and rational', in: R.J. Stainton (red.), *Contemporary debates in cognitive science*, Blackwell 2006.

Griffiths 1983

J. Griffiths, 'The general theory of litigation: a first step', *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, jrg. 4, 1983, p. 145-202.

Griffiths 1986

J. Griffiths, 'What do Dutch lawyers actually do in divorce cases?', *Law and Society Review*, 20, 1986, p. 135-175.

Griffiths 1995

J. Griffiths, 'Normative and Rational Choice Accounts of Human Social Behavior', *European Journal of Law and Economics*, jrg. 2, 1995, p. 285-299.

Guthrie 2000

C. Guthrie, 'Framing frivolous litigation: a psychological theory', *The University of Chicago Law Review*, jrg. 67, 2000, p. 163-216.

Guthrie et al. 2007

C. Guthrie, J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the bench: how judges decide cases', *Cornell Law Review*, 93 (1), 2007, p. 1-44.

Hay 1995

B.L. Hay, 'Effort, Information, Settlement, Trial', *Journal of Legal Studies*, jrg. 24, 1995, p. 29-62.

Jolls et al. 1998

C. Jolls, C. Sunstein & R. Thaler, 'A Behavioral Approach to Law and Economics', *Stanford Law Review*, nr. 50, 1998, p. 1471-1550.

Jolls 2007

C. Jolls, *Behavioural law and economics*, Working Paper 12879, 2007, www.nber.org/papers/w12879.

Kahneman & Tversky 1979

Kahneman, D., A. Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica*, 47 nr. 2, 1979, p. 263-292.

Kahneman et al. 1991

D. Kahneman, J.L. Knetsch & R.H. Thaler, 'Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias', *The Journal of Economic Perspectives*, 5(1), p. 193-206, Winter 1991.

Kogel et al. 2011

K. de Kogel, W. Schrama & M. Smit, 'Civiel recht en neurowetenschap', *WPNR 'Law and ...' bewegingen en hun relevantie voor het privaatrecht*, nr. 6912, 2011, p. 1095-1104.

Koppen et al. 2010

P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010.

Korobkin & Guthrie 1994

R. Korobkin & C. Guthrie, 'Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach', *Michigan Law Review*, 93, nr. 1, 1994, p. 107-192.

Korobkin & Ulen 2000

R. Korobkin & T. Ulen, 'Law and behavioural science: Removing the rationality assumption from law and economics', *California Law Review*, 88, nr. 4, 2000, p.1051-1144.

Korobkin & Guthrie 2004

R. Korobkin & C. Guthrie, *Heuristics and Biases at the Bargaining Table*, 2004, via <http://ssrn.com/abstract=513142>.

Kritzer et al. 1991

H.M. Kritzer, W.A. Bogart & N. Vidmar, 'The aftermath of injury: Cultural factors in compensation seeking in Canada and the United States', *Law & Society Review*, nr. 25, 1991, p. 499-543.

Kritzer et al. 1991

H.M. Kritzer, N. Vidmar & W.A. Bogart, 'To confront or not to confront: Measuring claiming rates in discrimination grievances', *Law & Society Review*, nr. 25, 1991, p. 875-887.

Kritzer 2011

H.M. Kritzer, 'The antecedents of disputes: complaining and claiming', *Oñati Socio-Legal Series*, 1, nr. 6, 2011- Current Socio-Legal Perspectives on Dispute Resolution.

Landes 1971

W.M. Landes, 'An Economic Analysis of the Courts', *Journal of Law and Economics*, jrg. 14, 1971, p. 61-107.

Lind & Tyler 1988

E.A. Lind & T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum 1988.

Loewenstein et al. 1993

G. Loewenstein, S. Issacharoff, C. Camerer & L. Babcock, 'Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining', *Journal of Legal Studies* 22, nr. 1, p. 135-159.

Loewenstein & Moore 2004

G. Loewenstein & D. Moore, 'When Ignorance is Bliss: Information, Exchange and Inefficiency in Bargaining', *Journal of Legal studies*, nr. 33, 2004, p. 37-58.

Macaulay 1963

S. Macaulay, 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', *American Sociological Review*, nr. 28, 1963, p. 55-67.

Mnookin & Kornhauser 1979

R.H. Mnookin & L. Kornhauser, 'Bargaining in the Shadow of the law: the case of divorce', *Yale Law Journal*, 88, 1979, p. 950-997.

Mot & De Geest 2004

J.P.B. de Mot & G.A.A. de Geest, *Internationale vergelijking van kenmerken vd juridische infrastructuur en maatschappelijke effecten*, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie 2004.

Murayama 2007

M. Murayama, 'Experiences of problems and disputing behaviour in Japan', *Meiji Law Journal*, 14, 2007, p. 1-59.

Nauta et al. 2002

A. Nauta, C.K.W. de Dreu & T. van der Vaart, Social value orientation, organizational goal concerns and interdepartmental problem solving, *Journal of organizational behavior*, 23, 2002, p. 199-213.

Niemeijer 1991

E. Niemeijer, *Geschillen over bouwplannen*, Deventer: Kluwer 1991.

Plott & Zeiler 2007

C.R. Plott & K. Zeiler, 'Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory?', *American Economic Review*, 97(4), 2007, p. 1449-1466.

Posner 2002

E.A. Posner, *Law and social norms*, Cambridge: Harvard University Press 2002.

Posner 2008

R. Posner, *How judges think*, Harvard University Press 2008.

Priest & Klein 1984

G.L. Priest & B. Klein, 'The Selection of Disputes for Litigation', *Journal of Legal Studies*, jrg, 13, 1984, p. 1-55.

Rabin 1993

M. Rabin, 'Incorporating Fairness Into Game Theory and Economics', *The American Economic Review*, nr. 83 1993, p. 1281-1302.

Rachlinski 1996

J.J. Rachlinski, 'Gains, losses, and the psychology of litigation', *Southern California Law Review* 70(1), 1996, p.113-185.

Rachlinski 2012

J.J. Rachlinski, 'Judicial Psychology', *Rechtstreeks* 2/2012, p.15-35.

Raub & Weesie 2000

W. Raub & J. Weesie, *Management of matches: decentralised mechanisms for cooperative relations with applications to organisations and households* (revised version), Utrecht University, ISCORE Paper nr. 1, 2000.

Rooks 2002

G. Rooks, *Contract en conflict, strategisch management van inkooptransacties* (diss. Amsterdam), Thesis publishers 2002.

Rijnja et al. 2009

G. Rijnja, E. Seydel & J. Zuure, 'Communiceren vanuit de context: naar effectievere overheidscommunicatie', in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) 2009, p. 185-209.

Sabry 2004

F. Sabry, *The propensity to sue: Why do people seek legal actions*, Boston: NERA Economic Consulting Working Paper 2004.

Schuyt et al. 1976

J.M. Schuyt, K. Groenendijk & B. Sloot, *De weg naar het recht*, Deventer: Kluwer 1976.

Shavell 1989

S. Shavell, 'Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation', *Rand Journal of Economics*, jrg. 20 nr. 2, 1989, p. 183-195.

Shavell 1995

S. Shavell, 'Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis', *Journal of Legal Studies*, jrg. 24, 1995, p. 1-28.

Shestowsky 2004

D. Shestowsky, 'Procedural Preferenes in Alternative Dispute Resolution. A closer, modern look at an old idea', *Psychology, Public Policy and Law*, jrg. 20 nr. 3, 2004, p. 211-49.

Siems 2009

M. Siems, 'The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way out of the Desert', *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 7, 2009, p. 5-17.

Simon 1955

H.A. Simon, 'Behavioral Model of Rational Choice', *The Quarterly Journal of Economics*, 69, nr. 1, 1955, p. 99-118.

Steinel & De Dreu 2004

W. Steinel & C.K.W. de Dreu, 'Social motives and strategic misrepresentation in social decision making', *Journal of Personality and Social Psychology*, jrg. 86, 2004, p. 419-434.

Sunstein 2005

C.R. Sunstein, 'Moral Heuristics', *Behavioural and brain sciences*, 28, 2005, p. 531-542.

Thaler & Sunstein 2008

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Yale University Press 2008.

Thibaut & Walker 1975

J. Thibaut & L. Walker, *Procedural justice – A psychological analysis*, Hillsdale, NJ: Erlbaum 1975.

Tiemeijer et al. 2009

W. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser*, Amsterdam: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR)/Amsterdam University Press 2009.

Tiemeijer 2011

W. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

Tullock 1975

G. Tullock, 'On Effective Organisation of Trials', *Kyklos*, jrg, 18, 1975, p. 745-762.

Tversky & Kahneman 1981

A. Tversky & D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice', *Science*, vol. 211, 1981, p. 453-458.

Tyler 1990

T.R. Tyler, *Why people obey the law*, New Haven: Yale University Press 1990.

Tyler 1997

T.R. Tyler, *Social Justice in a Diverse Society*, Boulder, CO: Westview Press 1997.

Ten Velden & De Dreu 2012

F.S. Ten Velden & C.K.W. de Dreu, *Sociaalpsychologische determinanten van strafrechtelijke besluitvorming*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak, Research Memorandum 2012 nr. 1.

Van Velthoven & Ter Voert 2003

B.C.J. van Velthoven & M. ter Voert, *Geschilbeslechtingsdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische geschillen van burgers*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC Onderzoek en Beleid nr. 219, 2004.

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010

B.C.J. van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische geschillen van burgers*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC, Onderzoek en beleid nr. 283, 2010.

Van Velthoven 2011

B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure; procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 172, nr. 31, 2011, p. 7-16.

Verkruisen 1993

W.G. Verkruisen, *Dissatisfied patients: their experiences, interpretations and actions*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 1993.

Vidmar & Schuller 1987

N. Vidmar & R.A. Schuller, 'Individual differences and the pursuit of legal rights', *Law and Human Behavior*, 1987, nr. 11, p. 299-317.

Welsh 2004

N.A. Welsh, 'Perceptions of fairness in negotiation', *Marquette Law Review*, 2004, nr. 87, p. 753-767.

Wilkinson-Ryan & Baron 2009

T. Wilkinson-Ryan & J. Baron, 'Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract', *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, 2009.

Wilson & Kelling 1982

J.Q. Wilson & G.L. Kelling, 'Broken windows: The police and neighborhood safety', *The Atlantic Monthly*, March, 1982, p. 29-38.

6 DE GEMIDDELDE CONSUMENT ALS STANDAARD BIJ MISLEIDING

Een kritische blik vanuit de gedragswetenschappen

B.B. Duivenvoorde

SAMENVATTING

In het Europese consumentenrecht wordt de vraag of de consument wordt misleid mede beoordeeld aan de hand van de standaard van 'de gemiddelde consument'. Deze gemiddelde consument wordt verwacht 'redelijk geïnformeerd, oplettend en omzichtig' te zijn. Dit hoofdstuk gaat in op de gedragspresumpties die ten grondslag liggen aan dit begrip. Er wordt betoogd dat de presumpties op verschillende punten de plank mis slaan en daarmee de doelstellingen van de wetgeving lijken te ondermijnen. Daarom pleit dit hoofdstuk tot slot voor een meer realistische beoordeling van misleiding en geeft het aanknopingspunten vanuit de gedragswetenschappen om misleidende strategieën te herkennen.

1 INLEIDING

In de tevens in dit boek opgenomen bijdrage van Van Raaij (hoofdstuk 2) wordt het beeld van de consument in het privaatrecht getoetst en komt de norm van de gemiddelde consument, die ontwikkeld is in het Europese consumentenrecht, al globaal aan de orde. In dit hoofdstuk wordt meer in detail gekeken naar de gedragspresumpties omtrent de gemiddelde consument in het Europese recht en wordt gezien hoe kennis uit de gedragswetenschappen kan worden gebruikt bij het beoordelen van mogelijk misleidende handelspraktijken.

Dit hoofdstuk is opgebouwd uit vier stappen. In de eerste stap (paragraaf 2) wordt de standaard van de 'gemiddelde consument' uitgelegd en worden de twee belangrijkste gedragspresumpties waarvan wordt uitgegaan bij toepassing van dit criterium blootgelegd. In de tweede stap (paragrafen 3 en 4) wordt besproken of de twee presumpties vanuit gedragswetenschappelijk oogpunt juist zijn. Bij de derde stap (paragraaf 5) wordt onderzocht wat de effecten van de presumpties zijn op het halen van de doelstellingen van de wetgeving. Hier stel ik dat het huidige beleid de doelen van de wetgeving (het beschermen van de consument tegen misleiding; het goed laten functioneren van markten) niet ten goede komt. Dat vraagt om een vierde en laatste stap (paragraaf 6), waarin een alternatief

wordt gegeven voor het huidige beleid en wordt aangegeven hoe kennis over beïnvloeding en misleiding uit de gedragswetenschappen de jurist kunnen helpen bij het opsporen en aanpakken van misleiding.

2 DE GEMIDDELDE CONSUMENT: GEDRAGSPRESUMPTIES

In verschillende onderdelen van het Europese recht zijn verboden opgenomen om consumenten te misleiden. Denk hierbij aan de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, maar ook aan wetgeving over informatie bij en etikettering van specifieke producten. De bedoeling van deze wetgeving is enerzijds om consumenten te beschermen tegen misleiding, anderzijds om door middel van uniforme regelgeving het handelen over de grenzen binnen Europa voor partijen te vergemakkelijken.

Bij de toepassing van deze regelgeving tegen misleiding is het relevant welk type consument de rechter in gedachten neemt: is dit bijvoorbeeld een kritische consument, die zorgvuldig alle informatie in zich opneemt en tot een weloverwogen conclusie komt, of is het meer een naïeve consument, die in goed vertrouwen beslissingen neemt? Of de rechter de ene of de andere consument in gedachten neemt, zal veel uitmaken voor de conclusie of een bepaalde handelspraktijk misleidend is.

Om grote verschillen in de toepassing van de Europese wetgeving in verschillende lidstaten te voorkomen, introduceerde het Hof van Justitie in 1998 in de zaak *Gut Springenheide* het criterium van ‘de gemiddelde consument’.¹ Met dit criterium maakte het Hof vooral duidelijk dat het niet de bedoeling was, zoals dat in bijvoorbeeld Duitsland wel gangbaar was, om uit te gaan van een naïeve en kwetsbare consument. Een dergelijk beeld van de consument zou volgens het Hof te zeer een inbreuk opleveren op de vrije handel binnen de Europese Unie. De gemiddelde consument is volgens het Hof ‘redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend’. Het criterium is gecodificeerd in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in 2005.² Het is aan nationale rechters en handhavingsautoriteiten (zoals in Nederland de Autoriteit Consument en Markt, voorheen de Consumentenautoriteit) om aan de hand van deze standaard van de gemiddelde consument, met daarbij horende richtlijnen van het Hof van Justitie, te bepalen of bijvoorbeeld een handelspraktijk misleidend is of niet. Het criterium komt je dan ook vaak tegen in de Nederlandse rechtspraak en de rechtspraak van andere lidstaten en is een belangrijke factor geworden voor het niveau van consumentenbescherming dat geboden wordt.

1 HvJEU 16 juli 1998, zaak C-210/96, Jur. 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide*). Zie verder onder meer HvJEU 28 januari 1999, zaak C-303/97, Jur. 1999, p. I-513 (*Sektkellerei Kessler*); HvJEU 4 april 2000, zaak C-465/98, Jur. 2000, p. I-2297 (*Adolf Darbo*); HvJEU 6 november 2003, zaak C-358/01, Jur. 2003, p. I-13145 (*Commissie/Spanje*).

2 Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de artikelen 6:193a-6:193j BW.

Wat verwacht het Europese recht nu precies van deze gemiddelde consument? Welke gedragspresumpties vallen af te leiden uit de wetgeving en rechtspraak? De algemene beschrijving dat de gemiddelde consument ‘redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend’ is, lijkt ons niet veel verder te brengen. Daarbij moet ook gezegd worden dat noch het Hof noch de Europese wetgever steeds een duidelijk en consistent beeld geeft van wat er wordt verwacht van de gemiddelde consument: de verwachtingen van de gemiddelde consument zijn veelal impliciet en komen in de vorm van algemene aanwijzingen in een uitspraak, zonder dat helemaal duidelijk wordt hoe de consument verwacht wordt te reageren op een specifieke praktijk.

Toch valt er wel het een en ander te zeggen over het beeld dat in het Europese recht wordt geschetst van de gemiddelde consument. De gemiddelde consument wordt namelijk veelal neergezet als een persoon die zijn beslissingen doordacht neemt en de informatie in zich opneemt die hem wordt aangeboden.³ Zo stelt advocaat-generaal Fennely in zijn conclusie bij de *Lifting*-zaak dat het Europese recht ervan uitgaat ‘dat de consument zelf inlichtingen zal inwinnen over de kwaliteit en de prijs van producten en intelligente keuzen zal maken’.⁴ Ook gaat het Hof ervan uit dat de gemiddelde consument etiketten van producten leest en deze informatie meeneemt in zijn beslissing (de zogenoemde *labelling doctrine*). Het beeld van de gemiddelde consument als zorgvuldige beslisser wordt nog sterker uitgedrukt door advocaat-generaal Trstenjak in haar Conclusie bij de *Mediaprint*-zaak, waarin zij stelt dat de consument geacht wordt het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daarop rationeel te reageren.⁵

Hoewel het van belang is te herhalen dat het Europese recht niet altijd even duidelijk en consistent is op dit punt, kan toch op zijn minst de conclusie worden getrokken dat de standaard van de gemiddelde consument zoals hier wordt gepresenteerd neigt naar het beeld van een *homo economicus*, een rationele beslisser die erop uit is en in staat is om zijn beslissingen zo te maken dat deze hem het optimale opleveren.⁶

Een hiermee samenhangende presumptie is dat door middel van het criterium van de gemiddelde consument, ondanks het feit dat deze term uiteraard een abstractie inhoudt, gemiddeld gedrag valt vast te stellen en dit een goed beeld oplevert van *hoe consumenten zich in het algemeen gedragen*. Het Hof van Justitie gaat ervan uit dat er een bepaald gedrag is dat valt te kwalificeren als ‘redelijk oplettend en redelijk omzichtig’ en dat een bepaald niveau van geïnformeerdeheid valt te kwalificeren als ‘redelijk geïnformeerd’, en dat dus voor een concreet geval valt vast te stellen hoe de gemiddelde consument zich gedraagt.

3 Zie in deze zin ook Incardona & Poncibò 2007, p. 30.

4 Conclusie bij HvJEU 16 september 1999, zaak C-220/98 (*Lifting*), overweging 25.

5 Opinie A-G Trstenjak 24 maart 2010, zaak C-540/08 (*Mediaprint*), r.o. 103. Zie ook Duivenvoorde 2010. Interessant en opmerkelijk is overigens dat het Hof van Justitie minder hoogdravende verwachtingen heeft van de consument waar het gaat om de mogelijkheid tot verwarring tussen merken in het intellectuele eigendomsrecht, een rechtsgebied waarin het criterium eveneens wordt toegepast.

6 Zie ook Incardona & Poncibò 2007.

Hiermee lijkt het hof uit te gaan van een model van beslissingsgedrag dat op de meeste consumenten van toepassing is, ofwel dat het criterium van de gemiddelde consument een goed beeld geeft van ‘standaard beslissingsgedrag’.⁷

3 PRESUMPTIE I: DE GEMIDDELDE CONSUMENT ALS RATIONELE BESLISSER

In hoeverre is het Europese recht, dat neigt naar een beeld van de consument als rationele beslisser, realistisch? Een belangrijk punt in deze context is de – breed bekende en lang gevoerde – discussie in andere disciplines over de veronderstelling van de mens als rationele actor, met name in de economie en in de gedragswetenschappen. In deze discussie wordt benadrukt dat hoewel de veronderstelling van rationeel keuzegedrag ons wellicht een mooi model geeft van menselijk keuzegedrag, deze veronderstelling voorbijgaat aan de vele fouten die mensen – vaak stelselmatig en dus voorspelbaar – maken.

In essentie verwijst rationaliteit naar een bewust beslisproces, waarbij voordelen en nadelen (kosten en opbrengsten) zorgvuldig worden afgewogen om tot een optimale beslissing te komen. Zoals Jacoby stelt: *‘Rationality implies decision-making that is a function of the deliberate conscious consideration and evaluation of information.’*⁸

Vanaf de jaren zeventig is het idee van de mens als rationele beslisser sterk bekritiseerd door psychologen. Veel onderzoek wijst uit dat onze cognitieve vaardigheden tekortschieten om altijd rationele beslissingen te kunnen nemen en dat we bovendien zelfs als we rationeel *kunnen* beslissen, dit vaak niet doen. Mensen beslissen daarom niet zo bewust en weloverwogen als het beeld van de mens als rationele beslisser ons wil doen geloven. Sterker nog, mensen slagen er *vaak niet* in om een rationele keuze te maken. En het gaat hier niet om een uitzondering van enkele individuen, maar om algemene en voorspelbare ‘fouten’ in het keuzegedrag van mensen. De echte gemiddelde consument is dus lang niet altijd een rationele beslisser.

Waar gaat het dan mis? Een belangrijke veronderstelling die ten grondslag ligt aan het idee van de rationele beslisser is dat de consument de beschikbare informatie in zich opneemt en op basis van die informatie de juiste beslissing maakt. Deze veronderstelling is ook duidelijk terug te zien in het Europese recht.

Het feit dat de consument toegang heeft tot informatie betekent nog niet dat hij daadwerkelijk aandacht heeft voor de informatie, noch dat hij de informatie accuraat waarneemt

7 Bij deze presumpties moet overigens worden opgemerkt dat het Europese recht van deze presumpties lijkt uit te gaan, met het doel om slechts beperkt in te grijpen op de markt en om bij consumenten verantwoordelijkheid te leggen om zich niet te laten misleiden. Het veronderstelde gedrag heeft daarmee een normatieve lading en het is niet altijd duidelijk of het bij de presumpties gaat om daadwerkelijk verondersteld gedrag.

8 Jacoby 2000, p. 103.

en begrijpt.⁹ De consument is beperkt in zijn mogelijkheden om informatie te verzamelen en te verwerken. Bovendien is er het probleem van *information costs*: is het de moeite waard om tijd en energie te steken in het verwerken van alle informatie? Vanuit dat oogpunt zal zelfs de rationele consument lang niet altijd alle informatie in zich opnemen.

In de verschillende stadia van het verwerken van informatie (achtereenvolgens: *attention* (aandacht), *encoding and comprehension* (coderen en begrijpen), *inference* (het trekken van conclusies) en *response processes* (reactieprocessen)¹⁰) kan veel fout gaan. Dit blijkt bijvoorbeeld uit onderzoek van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), waaruit blijkt dat slechts één op de vijf hypotheeksluiters de juiste kenmerken van een aflossingsvrije hypotheek kan aanwijzen.¹¹ En consumenten hebben niet alleen moeite met informatie als het gaat om complexe producten zoals hypotheeken. Zo haalt consumentenpsycholoog Jacoby onderzoek aan waaruit blijkt dat televisiekijkers en lezers van tijdschriften gemiddeld 20 tot 25% van wat zij zien of lezen verkeerd begrijpen. Hij voegt daaraan toe:

'Strikingly, this research shows that virtually 100% of the population miscomprehends at least some portion of these "common denominator mass media" communications, and that this occurs regardless of the level of formal education. J.D.s, L.L.D.s and Ph.D.s miscomprehend material elements of these simple communications at nearly the same rates as do those whose formal education ended with high school diplomas or less. In similar fashion, research on product warning labels and disclaimers reveals that consumer attention to and comprehension of such information is far from optimal, often hovering in the range of 10% to 20%.'

¹²

Waar het precies fout gaat in het proces van het verwerken van informatie is soms moeilijk te zeggen, maar er worden wel een aantal belangrijke problemen aangewezen in de consumentenpsychologie, waaronder het ook onder juristen inmiddels breed bekende probleem van *information overload*. Hierbij gaat het om het probleem dat consumenten vaak moeite hebben met het nemen van een goede beslissing als ze worden geconfronteerd met grote hoeveelheden informatie. Consumenten hebben informatie nodig voor een goede beslissing, maar te veel informatie werkt dus averechts.¹³

⁹ Zie ook Jacoby 2000, p. 119-122. Hij stelt dat: 'If one assumes that, for consumers to engage in rational decision-making and choice behavior, one only need provide them with the requisite information, one will be operating with an untenable assumption.'

¹⁰ Wyer 2008, p. 32.

¹¹ AFM/GfK 2010, p. 17.

¹² Jacoby 2000, p. 120-121.

¹³ Belangrijke stappen op het terrein van dit onderwerp werden onder meer gezet door Malhotra 1982 en Jacoby 1984.

Een ander mooi voorbeeld van hoe daadwerkelijk menselijk beslissingsgedrag afwijkt van het rationele model, betreft de cognitieve *biases* die mensen hebben, ofwel typische en voorspelbare irrationele gedachtenprocessen of uitkomsten van gedachtenprocessen.

Een van de meest bekende *biases* is het zogenoemde *framing effect*.¹⁴ Experimenten van Tversky en Kahneman begin jaren tachtig laten zien dat verschillend vormgegeven maar in essentie dezelfde opties leiden tot zeer verschillende keuzes van consumenten.¹⁵

Daarnaast kan ook het *decoy effect* genoemd worden. Een mooi voorbeeld toegespitst op consumentengedrag wordt gegeven door Ariely.¹⁶ Hij laat zien dat het toevoegen van een op het eerste gezicht irrelevante optie zorgt voor een radicaal andere waardering van de opties. De opties hebben betrekking op een abonnement op het tijdschrift de *Economist*. Een groep proefpersonen krijgt de keuze tussen (a) een online abonnement op de *Economist* voor \$59, of (b) een normaal abonnement op de *Economist* in combinatie met een online abonnement voor \$125. Een andere groep proefpersonen krijgt dezelfde opties (a) en (b), maar met een op het eerste gezicht nutteloze ‘tussenoctie’, namelijk alleen een online-abonnement voor \$125, dus dezelfde prijs als voor de duidelijk gunstigere optie (b). Niemand van de proefpersonen kiest voor deze tussenoctie, maar de verdeling in de keuze voor (a) of (b) is duidelijk anders: bij de eerste groep kiezen achtenzestig van de honderd proefpersonen voor het online abonnement en tweeëndertig voor het combinatie-abonnement, terwijl in de tweede groep maar zestien van de honderd proefpersonen kiest voor het online abonnement en vierentachtig voor het combinatie-abonnement. Dit laat zien dat de manier waarop opties gepresenteerd worden grote invloed heeft op de uiteindelijke keuzes van consumenten en dat deze keuzes kennelijk niet ingegeven zijn door een rationele afweging, maar sterk gestuurd worden door externe factoren.

Een ander probleem in het beslissingsgedrag van consumenten is dat consumenten vaak moeilijk in staat zijn om toekomstige gebeurtenissen in te schatten. Bij het inschatten van de toekomst maken we, bij gebrek aan accurate informatie, gebruik van vuistregels (zogenoemde ‘heuristieken’). Deze vuistregels zijn vaak nuttig, maar leveren ook problemen op. Zo blijken we ons bij het inschatten van toekomstige gebeurtenissen bijvoorbeeld te veel te laten leiden door de beschikbaarheid van een gebeurtenis in het geheugen. Dat betekent onder meer dat wanneer iets recent gebeurd is, dit zal leiden tot de inschatting dat er een hoge kans is dat de gebeurtenis zich ook in de (nabije) toekomst zal voordoen. Daarnaast zijn mensen bij het inschatten van toekomstige gebeurtenissen structureel onrealistisch optimistisch over hun eigen toekomst.¹⁷ Dit zorgt ervoor dat mensen bijvoorbeeld de kans dat ze een lening terug kunnen betalen te hoog inschatten, of er te gemakkelijk van uitgaan dat ze in staat zijn later in hun leven een pensioen op te kunnen bouwen.

14 Zie hierover onder meer Korobkin & Ulen 2000, p. 1104-1107.

15 Tversky & Kahneman 1981.

16 Ariely 2009, p. 1-6.

17 Dit staat ook wel bekend als de *overconfidence bias*, zie Korobkin & Ulen 2000, p. 1091.

Deze voorbeelden geven duidelijk aan dat het beeld van de consument als rationele beslisser problematisch is. Zoals hiervoor reeds is aangegeven, is beslissingsgedrag van consumenten onderhevig aan verschillende structurele problemen, die grotendeels voorspelbaar zijn. Dat maakt consumenten kwetsbaar voor misleidende marketingstrategieën. Hierop zal verder in worden gegaan in paragraaf 6.

4 PRESUMPTIE II: DE GEMIDDELDE CONSUMENT ALS MODEL VOOR STANDAARD CONSUMENTENGEDRAG

Zoals hiervoor uiteen is gezet is de tweede presumptie bij de standaard van de gemiddelde consument dat dit model overeenkomt met het gedrag van de meeste consumenten, en dus dat het criterium van de gemiddelde consument een representatief model is voor standaard keuzegedrag. Natuurlijk ontkent het niet geheel dat er verschillen zijn tussen consumenten, maar het idee is dat op basis van het criterium van de gemiddelde consument vast kan worden gesteld hoe de meeste consumenten zich gedragen, en dus wat 'standaard' consumentengedrag is. Het gaat hier om het idee dat een bepaald gedrag in een concreet geval, uitzonderingen daargelaten, logisch en voorspelbaar is.

Maar in hoeverre is consumentengedrag standaard? In hoeverre is gedrag van consumenten voorspelbaar en kun je van 'gemiddeld' gedrag spreken? Hier zitten een aantal haken en ogen aan die van belang zijn voor de beoordelende rechter of handhavingsautoriteit. In de praktijk zijn er aanzienlijke verschillen in de uitgangspunten, processen en resultaten van het keuzegedrag van consumenten. Hierna volgen enkele voorbeelden, namelijk:

1. de invloed van voorafgaande kennis op het verdere beslissingsproces;
2. de rol van *involvement* op het beslissingsproces;
3. de rol van persoonlijkheidskenmerken op het beslissingsproces.

4.1 *Voorafgaande kennis en de invloed op het beslissingsproces*

Dat het moeilijk is om te spreken van standaard consumentengedrag blijkt onder meer uit de grote invloed van de voorafgaande kennis van consumenten op het verdere beslissingsproces. Hierdoor is het van groot belang wat de eerdere ervaringen zijn van consumenten met bepaalde producten en handelspraktijken.

Onderzoek in consumentengedrag wijst uit dat voorafgaande kennis in belangrijke mate het beslissingsproces van consumenten beïnvloedt, onder andere voor wat betreft de aandacht die consumenten afhankelijk van hun voorafgaande kennis hebben voor bepaalde soorten informatie en wat betreft de manieren waarop consumenten verschillende opties evalueren.

Consumenten kunnen op verschillende manieren kennis opdoen over producten, zoals via de blootstelling aan reclame, het actief zoeken naar informatie, interacties met verkopers en door gebruik van het product. De hoeveelheid van deze ervaringen wordt ook wel *familiarity* genoemd. *Familiarity* heeft invloed op de *expertise* van de consument. Hierbij gaat het om de cognitieve structuren (bijvoorbeeld de overtuigingen die men heeft met betrekking tot een product) en cognitieve processen (bijvoorbeeld de beslissingsregels die iemand aanhoudt op basis van de overtuigingen), die nodig zijn om productgerelateerde taken met succes uit te voeren.¹⁸ Met andere woorden, hoe meer productgerelateerde ervaringen iemand heeft, hoe beter hij in staat zal zijn productgerelateerde taken, zoals productvergelijkingen, uit te voeren.

Er zijn verscheidene studies gedaan naar hoe *novices* ('beginners'; consumenten die weinig of geen ervaringen hebben met betrekking tot een bepaald product of soort product) en *experts* (consumenten die een hoge mate van expertise hebben op het gebied van een bepaald product of soort product) informatie verwerken. Zo is er een experiment gedaan naar het verwerken van informatie door consumenten bij een reclame voor computers. Hieruit blijkt dat *novices* de neiging hebben om technische eigenschappen links te laten liggen voor zover er geen verdere uitleg is over de voor- en nadelen van die technische eigenschappen. Dezelfde technische informatie leidt bij *experts* voor meer gedetailleerde verwerking van de informatie.¹⁹ Hiermee hangt samen dat *experts* meer bewust over de beschikbare informatie nadenken, terwijl *novices* meer geneigd zijn tot het gebruik van vuistregels bij het maken van beslissingen (heuristieken).²⁰ Daarnaast lijkt het erop dat *novices* problemen hebben om informatie te verwerken, omdat ze moeite hebben feiten te verbinden.²¹

Wat betekent dit alles voor de standaard van de gemiddelde consument? Het is van belang om in te zien dat voorafgaande kennis het hele beslissingsproces beïnvloedt en dat er grote verschillen bestaan in de mate van kennis van consumenten over producten. Wat 'gemiddeld' (of 'standaard') is in deze context is moeilijk te zeggen. Voorafgaande kennis hangt af van de eerdere ervaringen van consumenten en dit hangt weer mede af van de interesses die de consument heeft. Betekent de standaard van de gemiddelde consument dat met *novices* geen rekening wordt gehouden omdat gemiddelde geïnformeerdeheid wordt verondersteld? En zo ja, geeft dit handelaren dan niet de mogelijkheid om gebruik (of misbruik) te maken van de onervarenheid van die consumenten?

18 Alba & Hutchinson 1987, p. 411; Hutchinson & Eisenstein 2008, p. 103-104.

19 Maheswaran & Sternthal 1990.

20 Hutchinson & Eisenstein 2008, p. 106-107.

21 Hutchinson & Eisenstein 2008.

4.2 *Consumer involvement*

Een ander punt dat van belang is als we het hebben over consumentengedrag en individuele verschillen tussen consumenten is *consumer involvement*. Hierbij gaat het om het belang of de persoonlijke waarde die de consument hecht aan een object, gebeurtenis of activiteit.²² Deze zogenoemde *motivational state* heeft invloed op de cognitieve en affectieve processen en idem gedrag van de consument en daarmee op diens beslissingsgedrag. Naarmate een consument een hogere mate van *involvement* heeft met een product, zal hij meer weten over het product, meer aandacht hebben voor de informatie die hem gepresenteerd wordt, meer informatie zelf opzoeken, meer gedetailleerde beslissingen nemen, enzovoort.²³ Denk aan een fanatiek hobby-IT'er die een computer koopt. Zo iemand heeft een grotere psychologische band met het product en zal (waarschijnlijk met plezier) veel aandacht besteden aan de koop van een product en veel informatie opzoeken en vergelijken. Hetzelfde product kan echter ook gekocht worden door iemand die weinig verstand heeft van computers, maar toch zijn oude pc zal moeten vervangen voor een nieuwere om de ontwikkelingen bij te benen.²⁴

Het punt is ook hier dat het niet altijd zo makkelijk is om vast te stellen wie de gemiddelde consument is en hoe het gedrag van deze gemiddelde consument moet worden gekenmerkt. Moet de rechter bij een handelspraktijk uitgaan van de hobby-IT'er of van de consument 'die gewoon een up-to-date pc wil hebben'? En daarbij de consequentie: moet een consument met minder *involvement* afgerekend worden op het feit dat hij minder weet dan de hobby-IT'er? Ook als blijkt dat veel consumenten met een laag *involvement*, op basis van de reclame van de handelaar dezelfde onjuiste veronderstellingen hebben?

4.3 *Persoonlijkheidskenmerken*

Dat het moeilijk is om te spreken van *standaard consumentengedrag* blijkt ook uit de verschillen in consumentengedrag door verschillen in persoonlijkheid. Faddegon (2009) laat goed zien hoe verschillen in persoonlijkheidskenmerken tussen mensen zorgen voor verschillend beslissingsgedrag en merkt op dat deze verschillen vaak genegeerd worden in wetgeving. Een belangrijk persoonlijkheidskenmerk voor het beslissingsgedrag van de consument, ook als het gaat om mogelijk misleidende informatie van handelaren, is de

²² Peter & Olson 2010, p. 84.

²³ Idem. Zie verder bijvoorbeeld ook Bloch 1981 en Michaelidou & Dibb 2008.

²⁴ Dit neemt overigens niet weg dat sommige producten in het algemeen kunnen worden gekenmerkt als producten met een hogere of lagere mate van *involvement* dan andere. Zo gaan producten als schoonmaakmiddel en potloden over het algemeen gepaard met lage *involvement*, terwijl duurzame en kostbare goederen zoals huizen en auto's gepaard gaan met een hoog niveau van *involvement*. Dit neemt echter niet weg dat er – ook voor deze producten – verschillen zijn tussen consumenten in hun mate van *involvement*, die het verdere beslissingsproces beïnvloeden.

zogenaamde *need for cognition* (NFC).²⁵ Hierbij gaat het over de mate waarin mensen geneigd zijn na te denken en de behoefte hebben om na te denken.²⁶ Dit geldt voor het leven in het algemeen (inclusief bijvoorbeeld de behoefte om nadenk-activiteiten te doen in de vrije tijd, zoals het maken van kruiswoordpuzzels) en ook voor het beslissingsgedrag als consument. Mensen die hoog scoren op de *need for cognition scale* zijn geneigd meer denkwerk te stoppen in hun beslissingen. Uit onderzoek van Levin, Huneke en Jasper blijkt dat mensen met een hoger NFC bij een productvergelijking niet alleen meer informatie gebruiken bij hun beslissing, maar uiteindelijk ook voor de kwalitatief beste opties kiezen.²⁷ Dit is anders bij mensen met een laag NFC, zij zullen hun beslissingen eerder nemen op basis van eenvoudige vuistregels en op basis van makkelijk waarneembare signalen uit de omgeving (zogenoemde *cues*), zoals de betrouwbaarheid (op het eerste gezicht) van degene die probeert te overtuigen. Zij zijn daarmee meer ‘stuurbaar’ voor handelaren, terwijl mensen met een hoog NFC sneller worden beïnvloed door bijvoorbeeld onjuiste informatie over gedetailleerde producteigenschappen.

Met betrekking tot de standaard van de gemiddelde consument zijn hier twee zaken van belang. Ten eerste: het Europese recht lijkt ervan uit te gaan dat de gemiddelde consument een hoog NFC heeft. Zoals hiervoor is uiteengezet, lijkt men uit te gaan van een consument die de beschikbare informatie in zich opneemt en op basis daarvan zorgvuldig afgewogen keuzes maakt. Ten tweede is hier (wederom) van belang om de vraag te stellen wat *standaard consumentengedrag* is en in hoeverre je daarvan überhaupt kunt spreken. Heeft de gemiddelde consument een hoog of een laag NFC? Of gaat de standaard uit van een *gemiddeld* NFC? Het is in ieder geval belangrijk dat men zich realiseert dat als men uitgaat van een gemiddeld of hoog NFC, dat dit dan mensen met een laag NFC openstelt aan uitbuiting van die karaktereigenschap. Want terwijl men in het recht uitgaat van een hoog NFC, weet de (mogelijk te kwader trouw zijnde) marketeer dat de werkelijkheid anders is voor in ieder geval een deel van de consumenten, zodat hij dit gat in de bescherming kan uitbuiten.

25 Ook andere persoonlijkheidskenmerken zijn van belang bij het beslissingsgedrag van de consument. Voor een selectie, zie Faddegon 2009. Zie verder ook Haugtvedt, Liu & Sam Min 2008, 1161-1176. Hier wordt de bespreking van persoonlijkheidskenmerken beperkt tot het voorbeeld van *need for cognition*.

26 Faddegon 2009, p. 116. Zie ook Haugtvedt, Liu & Sam Min 2008, p. 1162-1163. Zie voor het originele onderzoek naar *need for cognition* onder meer Cacioppo, Petty & Morris 1983; Epstein & Pacini 1999 en Haugtvedt, Petty & Cacioppo 1992.

27 Faddegon 2009, p. 118; Levin, Huneke & Jasper 2000.

5 EFFECTEN VAN DE PRESUMPTIES OP DE VERWEZENLIJING VAN DE DOELSTELLINGEN VAN DE WETGEVING

De doelstelling van de tegen misleiding gerichte Europese regelgeving, met in de eerste plaats de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, is tweeledig. Ten eerste is het de bedoeling dat de wetgeving een 'hoog niveau van consumentenbescherming' biedt. Daarnaast is de wetgeving gericht op het creëren van een goed functionerende markt, met in het bijzonder het creëren van een *level playing field* voor bedrijven in Europa. Bedrijven moeten met zo min mogelijk problemen hun producten in de gehele Europese Unie kunnen aanbieden en het is niet de bedoeling dat ze daarbij gehinderd worden door onnodig ingrijpen in de markt en verschillende wetgeving in verschillende lidstaten.

Dat dit laatste doel ook van invloed is op het criterium van de gemiddelde consument, blijkt, zoals hiervoor reeds is uiteengezet, uit de ontstaansgeschiedenis van dit criterium: het begrip werd door het Hof van Justitie met name ingezet om duidelijk te maken dat individuele lidstaten doorschoten in hun consumentenbescherming, en onder het mom van consumentenbescherming in sommige gevallen zelfs bescherming van de nationale markt probeerden te bewerkstelligen. Het idee hierbij is dat als men zou uitgaan van een zeer onwetende en kwetsbare consument er erg veel ingegrepen zal moeten worden op de markt, ondanks dat de grote meerderheid van de consumenten geen last heeft van de handelspraktijken. Een klassiek voorbeeld in de Engelstalige literatuur is bijvoorbeeld dat *Danish pastry* ('Deens gebak') een toegestane productnaam moet zijn, ondanks dat een enkele onwetende consument misschien zal denken dat het gebak daadwerkelijk uit Denemarken komt. Een verbod op het voeren van die term omdat enkele consumenten misleid zouden worden, is niet alleen vervelend voor de producenten en verkopers, maar ook voor alle consumenten die wel aan de naam gewend zijn en weten om welk product het gaat. Tot zo ver is het begrijpelijk dat met het criterium van de gemiddelde consument (en het verwachten dat deze enig verstand van zaken heeft) beoogd wordt overmatig ingrijpen op de markt tegen te gaan.

Het Europese recht lijkt er met het criterium van de gemiddelde consument van uit te gaan dat voldoende consumentenbescherming wordt geboden als de gemiddelde consument wordt beschermd, en bovendien dat ingrijpen in de markt pas nodig is als het gedrag van de gemiddelde consument wordt aangetast.²⁸ Daarbij wordt bovendien, zoals hiervoor is opgemerkt, uitgegaan van een consument als zorgvuldige beslisser.

Toch is het aannemelijk dat ook buiten gevallen van misleiding van de (zorgvuldig handelende) gemiddelde consument de markt verstoord wordt. Dit is ten eerste zo omdat,

²⁸ Uitzondering hierop zijn overigens 5(2)b en 5(3) van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Deze maken het mogelijk om af te stemmen op een specifieke groep consumenten (in plaats van 'de gemiddelde consument') indien de handelspraktijk specifiek op deze groep gericht is of indien een specifiek als zwakke groep te bestempelen consumenten wordt benadeeld door de praktijk.

zoals hiervoor is uitgewerkt, de gemiddelde consument niet altijd rationeel handelt (zie de discussie bij presumptie I in paragraaf 3). Consumenten maken vaak voorspelbare fouten in hun beslissingsgedrag en als hier geen rekening mee wordt gehouden in het recht, dan kunnen handelaren deze beperkingen uitbuiten. Hierdoor krijgt de consument geen waar voor zijn geld en winnen oneerlijke handelaren marktaandeel ten koste van de handelaren die wel een 'eerlijk' product verkopen. Als consumenten structureel fouten maken in hun beslissingsgedrag en de uitbuiting hiervan door handelaren onbestraft blijft, zorgt dit dus voor oneerlijke concurrentie: handelaren die misleiden worden beloond in plaats van afgestraft voor hun gedrag.²⁹ Dit kan zelfs tot gevolg hebben dat consumenten hun vertrouwen in de markt in het algemeen kwijtraken. Ook dit gaat ten koste van de markt als geheel.³⁰

Dezelfde problemen treden op doordat het criterium van de gemiddelde consument weinig rekening houdt met individuele verschillen tussen consumenten, bijvoorbeeld wat betreft voorafgaande kennis, *consumer involvement* en persoonlijkheidskenmerken (zie de discussie bij presumptie 2 in paragraaf 4). Door uit te gaan van standaard beslissingsgedrag van consumenten wordt voorbijgegaan aan die realiteit. Hierdoor hebben handelaren de mogelijkheid om misbruik te maken van bijvoorbeeld consumenten met weinig productkennis, weinig *involvement* en een laag *need for cognition*.

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat ook bij het door handelaren gebruikmaken van zwakheden van kleinere aantallen consumenten marktfalen kan optreden. Sterker nog, de meest duidelijke oneerlijke handelspraktijken zullen door veel consumenten als zodanig worden herkend, maar dat neemt niet weg dat deze verder maatschappelijk en economisch nutteloze praktijken een kleine groep consumenten benadelen. Door af te stemmen op het *gemiddelde* als minimumnorm bij misleiding wordt hieraan echter voorbijgegaan.³¹

Al met al kunnen er vraagtekens gezet worden bij de gemiddelde consument als maatstaf voor misleiding. Zowel de onrealistisch hoge verwachtingen van de gemiddelde consument als het feit dat de gemiddelde consument geldt als minimumnorm, zorgen ervoor dat veel problemen op de markt blijven bestaan en dat bovendien moeilijk van een hoog niveau van consumentenbescherming kan worden gesproken. Het is dus zeer de vraag of de standaard van de gemiddelde consument past bij de doelstellingen van de Europese wetgeving.

29 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 2.

30 Ibid., p. 2 en 18.

31 Overigens laat de zwarte lijst van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken zien dat de Europese wetgever erkent dat ook buiten beïnvloeding van de gemiddelde consument kan worden gesproken van oneerlijke praktijken die verboden moeten worden: de praktijken van de zwarte lijst zijn typische oneerlijke handelspraktijken, ondanks dat ze in veel gevallen als zodanig herkend worden door veel consumenten waardoor van misleiding van de gemiddelde consument moeilijk gesproken kan worden.

6 AANZET TOT EEN MEER REALISTISCHE BEOORDELING VAN MISLEIDING

Om beter te kunnen beoordelen wanneer sprake is van een ontoelaatbare verstoring van de markt lijkt het voor de hand liggend om beter te kijken naar wat de daadwerkelijke effecten zijn voor de verschillende marktpartijen: worden veel consumenten misleid? Zijn er consumenten die juist baat hebben bij de op een bepaalde wijze geformuleerde of gepresenteerde informatie? En kan de handelaar de informatie op een eenvoudige manier beter presenteren, zodat minder of geen consumenten misleid worden? Welke precieze afweging hierbij uiteindelijk gemaakt wordt en welk niveau van bescherming precies geboden wordt, is uiteindelijk aan het Hof van Justitie en eventueel de Europese wetgever. Dit is een normatieve en dus politieke keuze, waarbij moet worden opgemerkt dat de Europese regelgeving ruimte laat voor verschillende interpretaties van de precieze doelstellingen, bijvoorbeeld wat betreft het 'hoog niveau van consumentenbescherming'.

Maar het past bij de doelstellingen van de wetgeving om te kijken naar de daadwerkelijke effecten van handelspraktijken op consumenten, zodat er een duidelijker beeld is van de impact op de markt. Hierbij past niet één vaststaand beeld van de consument, of die nu wordt bestempeld als 'rationeel', 'gemiddeld' of 'kwetsbaar'. Deze meer algemene toetsing, zonder toepassing van een al te rigide consument-standaard, geeft de ruimte om de belangen op de markt af te wegen. Het is dan ook aan te bevelen om enigszins flexibel om te gaan met de standaard van de gemiddelde consument, zodat de doelstellingen van de wetgeving goed kunnen worden nagestreefd. De rechtspraak en handhavingspraktijk in sommige lidstaten lijken hier overigens in bepaalde gevallen al op te wijzen.³²

Wat heeft de kennis uit de gedragswetenschappen nu te bieden aan rechters en handhavingsautoriteiten die een betere inschatting willen maken van de effecten van handelspraktijken op consumenten en op de markt? Om de effecten op consumenten en op de markt te kunnen inschatten is het in ieder geval van groot belang dat rechters en handhavingsautoriteiten misleidende strategieën van handelaren kunnen herkennen.³³ De inzichten uit de gedragswetenschappen zoals gepresenteerd in de paragrafen 3 en 4 vormen hiervoor al een goede aanzet. Maar er is meer dat de gedragswetenschappen ons kunnen leren over consumentengedrag en de valkuilen op het gebied van misleiding.

In de sociale psychologie is veel onderzoek gedaan naar hoe mensen beïnvloed worden en welke factoren bijdragen aan het effectief overtuigen van andere mensen.³⁴ Deze kennis

32 Zie bijvoorbeeld de Engelse zaak *Office of Fair Trading v Purely Creative Ltd and others* [2011] EWHC 106 en, in Nederland, Rb. Haarlem 2 april 2009, LJN: BI1561.

33 Meer rekening houden met de daadwerkelijke impact op de markt betekent overigens niet dat er bij elke mogelijke 'misleiding' ingegrepen moet worden op de markt – het voorbeeld van de naam *Danish pastry* geeft een geval weer waarin een dergelijke ingreep niet gewenst lijkt.

34 Zie bijvoorbeeld Cialdini 2001 en Pratkanis 2008.

geeft belangrijke inzichten over misleidende marketingstrategieën. Essentieel voor een goed begrip van beïnvloeding is het model van *duale denkprocessen*.³⁵ Mensen kunnen via twee systemen reageren op beïnvloeding, namelijk via zogenoemde Systeem 1- en Systeem 2-denkprocessen. Systeem 1-denkprocessen zijn automatisch, snel, intuïtief en vergen weinig inspanning. Zo weet u zonder moeite het antwoord te geven op de vraag wat de som is van drie plus drie en zal u meteen verwachten dat wanneer u rook ruikt, er sprake is van vuur. Systeem 2-denkprocessen zijn relatief langzaam, meer analytisch en vergen meer inspanning.³⁶ Systeem 2-denken wordt bijvoorbeeld sterk geactiveerd bij het schaakspel, waar verschillende zetten worden overwogen en elke zet goed wordt doordacht.

Systeem 1-denkprocessen stellen mensen in staat om zonder veel moeite snelle beslissingen te nemen, maar geven meer aanleiding tot onjuiste conclusies en stellen de consument meer open aan beïnvloeding en daarmee aan misleiding. Systeem 2-processen worden onder meer geactiveerd door het ervaren van bedreiging en argwaan. Systeem 2-denkprocessen kunnen daarmee de output van Systeem 1-processen, als daar aanleiding voor is, corrigeren.

Dit is belangrijk in de context van misleidende handelspraktijken: het is belangrijk voor consumenten om op het juiste moment Systeem 2-denkprocessen te activeren als de context daarvoor aanleiding geeft, terwijl er aan de andere kant voor de misleidende marketeer veel aan gelegen is om te zorgen dat consumenten ‘blijven hangen’ in Systeem 1-denkprocessen en dus ‘onder de radar van misleidingsdetectie blijven vliegen’. Ook Cialdini, één van de leidende onderzoekers op het gebied van beïnvloeding, benadrukt dat het beïnvloeden van anderen met name kan worden bereikt via Systeem 1-denken van de ontvanger.³⁷ Hij identificeert daarbij zes factoren die ervoor zorgen dat mensen blijven hangen in Systeem 1-denken en niet overgaan op Systeem 2-denken, waardoor correcties uitblijven. Het betreft de volgende factoren aan de kant van de ontvanger, die ook bij misleiding van groot belang kunnen zijn: (1) onverschilligheid, (2) haast, (3) stress, (4) onzekerheid, (5) afleiding en (6) vermoeidheid. Marketeers kunnen deze factoren uitbuiten of zelfs creëren in een marketingsituatie, zodat consumenten in mindere mate een beroep doen op hun beschermingsmechanismen tegen misleiding.³⁸

Marketeers, in ieder geval zij die slechte bedoelingen hebben, zullen dus proberen om te zorgen dat consumenten niet overgaan tot Systeem 2-denkprocessen, waarbij ze meer zorgvuldig zullen nadenken en dus ook inconsistenties, onwaarheden of onvolledigheden sneller zullen opmerken. Bij de activatie van Systeem 2-denkprocessen hebben marketeers dus minder controle over de gedachten van de consument. Mochten consumenten toch bijvoorbeeld vanwege onzekerheid of wantrouwen overstappen op Systeem 2-denkproces-

35 Zie over duale denkprocessen in het algemeen Gleitman, Gross & Reisberg 2011, p. 352-354.

36 Ibid.

37 Cialdini 2000.

38 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 30.

sen, dan kan de marketeer strategieën inzetten om deze processen te onderbreken en dus weer controle te krijgen over de situatie. Dit kan onder meer door op het juiste moment de consument af te leiden van het bewuste denkproces of door de consument te confronteren met een overvloed aan informatie, zodat Systeem 2-denkprocessen weinig opleveren en de consument terugvalt op geautomatiseerde processen.³⁹ Deze kennis is dus nuttig voor rechters en handhavingsautoriteiten die zich buigen over het misleidende karakter van handelspraktijken en commerciële communicatie.

De rol van Systeem 1- en Systeem 2-denkprocessen is belangrijk in veel misleidende strategieën. Hierna geef ik een overzicht aan de hand van het werk van Boush, Friestad en Wright, die als een van de weinige onderzoekers in de consumentenpsychologie zich specifiek bezig hebben gehouden met misleiding. In hun boek *Deception in the marketplace* brengen ze theoretische achtergronden en observaties uit de praktijk samen, waarmee ze inzicht geven in hoe misleiding werkt en welke strategieën bewust door marketeers worden toegepast.

Boush, Friestad en Wright benadrukken dat misleidende strategieën erg divers zijn en dat ze bovendien vaak in combinatie gebruikt worden.⁴⁰ Dit betekent dat voor het beoordelen van het misleidende karakter van een handelspraktijk deze praktijk in zijn geheel moet worden bekeken en niet op afzonderlijke details.⁴¹ Daarnaast moet rekening worden gehouden met het feit dat marketing vaak goed doordacht, onderzocht en gepland is. De auteurs zien hierin een reden om een vergaande verantwoordelijkheid te leggen op de handelaar.⁴²

In hun overzicht van misleidende marketingstrategieën maken de auteurs onderscheid tussen twee types misleiding. De eerste groep betreft misleiding door omissie of het verbergen van voor de consument belangrijke maar mogelijk negatieve informatie:⁴³

39 Ibid., p. 40-41. Zie enkele voorbeelden in de schema's hierna.

40 Ibid., p. 41.

41 Ibid., p. 13.

42 Ibid., p. 7. De auteurs spreken zich op dit punt overigens niet uit over aansprakelijkheden of verboden.

43 Ibid., p. 39-58.

<i>Afleiding en camouflage</i>	<i>Afleiding</i> onderdrukt de kritische blik van Systeem 2-denkprocessen, waarvoor energie en aandacht nodig is. <i>Attention getters</i> kunnen strategisch worden ingezet om de consument op het juiste moment of op de juiste plek af te leiden van gevoelige informatie, zoals het tonen van flitsende beelden en het laten horen van harde muziek in een reclame voor sms-diensten, terwijl de handelaar onderin het beeld in kleine lettertjes de kosten vermeldt, alsook het feit dat het gaat om een abonnementsdienst. Bij <i>camouflage</i> wordt gevoelige informatie omgeven door of bedolven onder irrelevante informatie, of wordt de gevoelige informatie gegeven op een plek waar de consument deze niet verwacht. ⁴⁴
<i>Oneigenlijk gebruik van beïnvloedingsstrategieën</i>	In de sociale psychologie worden verschillende beïnvloedingsfactoren benoemd, zoals de zes factoren van sociale invloed van Cialdini: ⁴⁵ (1) <i>wederkerigheid</i> : mensen zijn meer open voor beïnvloeding (om een 'tegenprestatie' te leveren) als ze zelf eerst iets hebben gekregen, ook al heeft de ontvangen prestatie maar weinig waarde; (2) <i>commitment en consistentie</i> : mensen neigen naar consistentie in hun gedrag. Als een eerste <i>commitment</i> (standpunt of toezegging) wordt uitgelokt, is de kans groot dat er meer volgen; (3) <i>sociaal bewijs</i> : bereid zijn om iets te doen als (gezegd wordt dat) anderen dat ook doen; (4) <i>sympathie voor de beïnvloeder</i> ; (5) <i>achting voor autoriteit</i> : mensen zijn snel bereid de argumenten aan te nemen van een autoriteit (of iemand die de indruk wekt een autoriteit te zijn); (6) <i>schaarste</i> : mensen zijn sneller bereid mee te gaan in de beïnvloeding als de indruk wordt gewekt van schaarste van het product. Deze factoren worden veel gebruikt door marketeers in hun strategieën en zijn niet per se problematisch. Maar ze kunnen wel voor misleiding worden ingezet, bijvoorbeeld door het inzetten van een 'expert', die eigenlijk geen autoriteit heeft op het onderwerp waarover hij spreekt (bijvoorbeeld door iemand op te voeren in een witte doktersjas). Deze tactieken werken het best wanneer de consument onverschillig of afgeleid is, of wanneer hij overspeld wordt met cognitieve taken. ⁴⁶
<i>Het onderdrukken van de motivatie en mogelijkheid om zich te beschermen tegen misleiding</i>	Het herkennen, neutraliseren en weerstaan van misleiding zijn Systeem 2-processen die veel inspanning vergen, hoewel ze meer automatisch plaatsvinden naarmate de consument meer ervaring opdoet met situaties van beïnvloeding en misleiding. Om consumenten ervan te weerhouden om deze taken uit te voeren kan een handelaar ervoor zorgen dat er andere cognitief inspannende taken moeten worden verricht, zodat de motivatie en de mogelijkheid om zich te beschermen tegen misleiding wordt onderdrukt. Een van deze tactieken is <i>swamping</i> , waarbij de consument wordt geconfronteerd met zo veel informatie, dat de kans klein is dat hij daadwerkelijk alle informatie in zich opneemt. Het gaat hier om het bewust creëren van <i>information overload</i> (zie par. 3). Irrelevante informatie wordt toegevoegd om te zorgen dat de gevoelige informatie niet wordt opgenomen. Door de consument cognitief uit te putten kan hij de mogelijkheden zich te beschermen tegen misleiding minder goed benutten. Bovendien kan de vele informatie tegelijkertijd de indruk geven dat veel informatie wordt vrijgegeven, terwijl het in

44 Ibid., p. 45-49. Zie voor een voorbeeld van deze camouflage Poutsma 2013. Hierin laat de auteur zien hoe verzekeraars door het geven van allerlei extra informatie de aandacht kunnen afleiden van de mogelijkheid om de verzekeringsovereenkomst op te zeggen, zoals verplicht moet worden vermeld op grond van de Wet-Van Dam.

45 Cialdini 2001.

46 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 49-52.

werkelijkheid bedoeld is om gevoelige informatie niet te laten opmerken.⁴⁷ Het onderdrukken van de motivatie en betrokkenheid van bescherming tegen misleidende praktijken kan ook heel anders worden bewerkstelligd, bijvoorbeeld door zogenoemde ‘omega-beïnvloedingsstrategieën’. Hierbij wordt de intentie van de handelaar om de consument te beïnvloeden verzwegen of verbloemd, bijvoorbeeld door een verkooppraatje te presenteren als onafhankelijk advies.⁴⁸

<i>De ‘run-around’</i>	Ook bij de <i>run-around</i> -tactiek wordt het de consument moeilijk gemaakt om negatieve informatie te vinden. Marketeers kunnen het de consument moeilijk maken om bepaalde belangrijke informatie te vinden, door gevoelige informatie niet op dezelfde plek te presenteren als de positieve informatie over hetzelfde onderwerp. Hierbij wordt de positieve informatie vaak op verschillende plekken of momenten herhaald, terwijl ‘het addertje’ slechts op één (bovendien moeilijk vindbare plek) is te vinden. ⁴⁹ Denk hierbij aan de claim bij een lening dat de rente slechts 2,5% bedraagt, terwijl weggelaten wordt dat de kleine lettertjes duidelijk wordt dat dit slechts geldt voor de beginperiode van de looptijd van de lening, terwijl de rente daarna snel omhoog gaat.
<i>Omissies</i>	Bij <i>ommissies</i> gaat het om het weglaten van bepaalde gevoelige informatie. Overigens gaat het vaak om gedeeltelijke omissies of ‘halve waarheden’. ⁵⁰

In de tweede groep van misleidende strategieën gaat het om meer actieve of expliciete vormen van misleiding:

<i>Mentale simulatie</i>	Een <i>mentale simulatie</i> is een voorstelling van een gebeurtenis of van een serie gebeurtenissen. Zo kun je indenken hoe het zou zijn om de loterij te winnen of hoe het zou zijn om een sportauto te hebben. Marketeers kunnen mentale simulaties oproepen en de inhoud beïnvloeden. De mogelijkheid om te beïnvloeden is vaak sterk doordat mensen bij het maken van mentale simulaties sterk afhankelijk zijn van eenvoudig beschikbare voorstellingen, die gegeven of uitgelokt kunnen worden door marketeers. Zo kan een marketeer een rampscenario oproepen bij een consument om een verzekering of een veiligheidsproduct te verkopen. Het effect hiervan is met name sterk als de consument het zelf moeilijk vindt om de kans van een bepaalde toekomstige gebeurtenis in te schatten, omdat in een dergelijk geval de consument zich sneller laat leiden door het opgeroepen beeld. ⁵¹ Zoals al bleek in paragraaf 3 zijn mensen vaak slecht in staat om de kansen van toekomstige gebeurtenissen in te schatten en laten ze zich daarbij vaak leiden door onnauwkeurige heuristieken, die dus beïnvloed kunnen worden door marketeers.
<i>Misleidende ‘framings’</i>	Het onderwerp <i>framing</i> is ook al aan de orde gekomen in paragraaf 3, waar bleek dat de keuze van consumenten vaak sterk wordt beïnvloed door de manier waarop informatie wordt gepresenteerd. Deze tactiek kan worden

47 Een voorbeeld hiervan is te vinden in Poutsma 2013, p. 13 (zie ook noot 42 hierboven). Eén van de brieven die werd voorgelegd aan de deelnemers van het onderzoek werd positief beoordeeld door de proefpersonen vanwege de uitgebreide informatie, terwijl de boodschap dat mensen de overeenkomst konden opzeggen minder goed werd opgemerkt.

48 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 52-55.

49 Ibid., p. 55-56.

50 Ibid., p. 56-57.

51 Ibid., p. 59-62.

	ingezet om consumenten een incompleet of onjuist beeld te geven van een probleem, of door aan te sturen op een onjuiste analyse van een probleem. ⁵²
<i>Impersonatie</i>	Bij <i>impersonatie</i> wordt de consument voorgelogen of misleid over de identiteit van de handelaar. De handelaar kan expliciet onwaarheden vertellen over zijn ware identiteit, maar kan ook meer indirect de indruk wekken dat hij iemand is die hij niet werkelijk is. ⁵³ Zo kan bijvoorbeeld een 'schuldhelpverlener' doen alsof hij voor een overheidsinstantie werkt, terwijl hij tot doel heeft leningen van de consument over te sluiten en op die manier provisies probeert op te strijken. Dit kan door dit expliciet te stellen, maar ook door suggesties te wekken zoals het tonen van logo's die lijken op die van overheidsinstanties.
<i>Misleitend en ontwijkend taalgebruik over verantwoordelijkheid</i>	Misleitend en ontwijkend taalgebruik over verantwoordelijkheid is een veel voorkomende strategie die vaak wordt gezien als grijs gebied als het gaat om misleiding. Harde claims over producten en effecten van producten worden voorkomen, bijvoorbeeld door vaag taalgebruik: ' <i>dit product kan u helpen bij het afslanken</i> '. ⁵⁴
<i>Het gebruikmaken van 'automized inferencing tendencies'</i>	Bij <i>automized inferencing tendencies</i> gaat het om de menselijke neiging om conclusies te trekken die verder gaan dan de letterlijke betekenis van een uitspraak. Hier kunnen marketeers gebruik van maken. Bovendien kunnen marketeers bewust vage uitspraken doen die vervolgens, om tot een concreet begrip te komen, door consumenten vaak 'verdergaand' worden geïnterpreteerd dan de letterlijke boodschap. Zo wordt aan het enkele noemen dat een product is getest vaak de conclusie verbonden dat de tests een positieve uitkomst hadden (zogenoemd <i>implied proof</i>). ⁵⁵
<i>Woordelijk en visueel bedrog</i>	Woordelijk en visueel bedrog is een van de duidelijkste vormen van misleiding, waarbij juristen het snel eens zullen zijn over het misleidende karakter. ⁵⁶ Denk bijvoorbeeld aan het tonen van een duurder model in een advertentie dan het model waarvoor een aanbieding geldt.
<i>Gebruikmaken van beperkte wiskundige onderlegdheid en beperkt begrip van statistiek en onderzoek</i>	De meeste mensen hebben een (zeer) beperkt begrip van cijfers, statistieken en onderzoeksmethoden. Marketeers kunnen door het geven van cijfers of statistieken veel impliceren, zonder expliciet onjuiste uitspraken te doen. Boush, Friestad en Wright benadrukken dat veel mensen bij het zien of horen van cijfers of statistieken hun anders vanzelfsprekende kritische houding laten varen en gehoorzaam vertrouwen op de autoriteit die gepaard gaat met het tonen hiervan. Iets vergelijkbaars geldt voor de interpretatie van onderzoeksresultaten. ⁵⁷ Ook op het gebied van onderzoeksmethoden zijn mensen over het algemeen naïef. Misleidende praktijken op dit gebied zijn bijvoorbeeld ondeugdelijke of onvolledige presentatie van enquête- of testresultaten en misleidende (technische) productvergelijkingen. ⁵⁸
<i>Retorische deceptie: visuele en woordelijke stijlfiguren</i>	Ook bij <i>retorische deceptie</i> gaat het om het impliceren van bepaalde feiten, zonder ze feitelijk te stellen. Door retorische deceptie worden consumenten 'uitgenodigd' om een bepaald idee te vormen zonder dat deze daadwerkelijk

52 Ibid., p. 62-64.

53 Ibid., p. 64-65.

54 Ibid., p. 65-67.

55 Ibid., p. 67-68.

56 Idem, p. 68-70.

57 Zie hierover ook Best 2001.

58 Boush, Friestad & Wright 2009, p. 70-72.

wordt gegeven door de handelaar. Dit kan onder andere via het gebruik van ironie of absurdisme.⁵⁹

'Marketing bullshit'

Bij *marketing bullshit* gaat het niet zo zeer om liegen, maar wel om het doen van zinloze uitspraken, waardoor bij het publiek ideeën kunnen ontstaan die onwaarschijnlijk en moeilijk (maar niet onmogelijk) te controleren zijn. Meer concreet kan deze vorm van misleiding bijvoorbeeld betrekking hebben op het (bijvoorbeeld via een verhaal) wekken van de suggestie dat een persoon, organisatie of product verantwoordelijk is voor een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling, terwijl dit in feite zeer onwaarschijnlijk is.⁶⁰

7 SLOTOPMERKINGEN

Het vorenstaande overzicht kan rechters en handhavingsautoriteiten, in ieder geval als startpunt, helpen in het herkennen van veelgebruikte misleidende strategieën. Indien misleidende strategieën beter worden herkend, wordt het makkelijker om te beoordelen wat de daadwerkelijke effecten zijn op de markt. Beoordeling aan de hand van een fictieve en onrealistisch rationele 'gemiddelde consument' is hiervoor niet geschikt.. Terwijl strategieën die bewust gebruikmaken van de gebrekkigheden in het beslissingsgedrag van consumenten bij toepassing van het Europeesrechtelijke criterium van de gemiddelde consument moeilijk kunnen worden aangepakt, geeft een afweging op basis van de effecten op de markt, met gebruikmaking van de kennis uit de gedragswetenschappen, deze mogelijkheid wel. Op deze manier kan de kennis die ter beschikking staat van marketeers en door hen gebruikt kan worden om de consument te misleiden, ook gebruikt worden door rechters en handhavingsautoriteiten.

LITERATUUR

AFM/GfK 2010

AFM/GfK, *AFM consumentenmonitor najaar 2010 - hypotheek*, beschikbaar op www.afm.nl/layouts/afm.aspx~/media/files/consumenten-monitor/2010-q3-hypotheek.ashx (laatst geraadpleegd 01-10-2012), p. 17.

Ariely 2009

D. Ariely, *Predictably irrational*, Londen: Harper 2009.

⁵⁹ Ibid., p. 73-74.

⁶⁰ Ibid., p. 74-77.

Best 2001

J. Best, *Damned lies and statistics: untangling numbers from the media, politicians and activists*, Berkely: University of California Press 2001.

Bloch 1981

P. Bloch, 'An exploration into the scaling of consumers' involvement with a product class', *Advances in consumer research* 1981, p. 61-65.

Boush, Friestad & Wright 2009

D. Boush, M. Friestad & P. Wright, *Deception in the marketplace: the psychology of deceptive persuasion and consumer self protection*, New York/Londen: Routledge 2009.

Cacioppo, Petty & Morris 1983

J. Cacioppo, R. Petty & K. Morris, 'Effects of need for cognition on a message evaluation, recall, and persuasion', *Journal of personality and social psychology* 1983, p. 805-818.

Cialdini 2001

R. Cialdini, *Influence: science and practice*, Needham Heights: Allyn & Bacon 2001.

Duivenvoorde 2010

B. Duivenvoorde, 'De gemiddelde consument als rationele actor', *WPNR* 2010, p. 533-534.

Epstein & Pacini 1999

S. Epstein & R. Pacini, 'Some basic issues regarding dual-process theories from the perspective of cognitive-experiential self-theory', in: S. Chaiken & Y. Trope (red.), *Dual-process theories in social psychology*, New York: Guildford Press 1999, p. 462-482.

Faddegon 2009

K. Faddegon, 'Psychologische verschillen in keuzegedrag', in: W. Tiemeijer, C. Thomas & H. Prast (red.), *De menselijke beslisser: over de psychologie van keuze en gedrag* (WRR Verkenningen 22), Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 115-135.

Gleitman, Gross & Reisberg 2011

H. Gleitman, J. Gross & D. Reisberg, *Psychology* (8th international edition), New York/Londen: Norton 2011.

Haugtvedt, Liu & Sam Min 2008

C. Haugtvedt, K. Liu & K. Sam Min, 'Individual differences, tools for theory testing and understanding in consumer psychology research', in: C. Haugtvedt, P. Herr & F. Kardes

(red.), *Handbook of consumer psychology*, New York/Londen: Routledge 2008, p. 1161-1176.

Haugtvedt, Petty & Cacioppo 1992

C. Haugtvedt, R. Petty & J. Cacioppo, 'Need for cognition and advertising: understanding the role of personality variables in consumer behavior', *Personality and social psychology review* 1992, p. 303-327.

Hutchinson & Eisenstein 2008

J. Hutchinson & E. Eisenstein, 'Consumer learning and expertise', in: C. Haugtvedt, P. Herr & F. Kardes (red.), *Handbook of consumer psychology*, New York/Londen: Routledge 2008, p. 103-131.

Incardona & Poncibò 2007

R. Incardona & C. Poncibò, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution', *Journal of consumer policy* 2007, 30, p. 21-38.

Jacoby 1984

J. Jacoby, 'Perspectives on information overload', *Journal of consumer research* 1984, 10, p. 432-435.

Jacoby 2000

J. Jacoby, 'Is it rational to assume consumer rationality?', *Roger Williams University Law Review* 2000, p. 81-161.

Korobkin & Ulen 2000

R. Korobkin & T. Ulen, 'Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics', *California law review* 2000, p. 1051-1144.

Levin, Huneke & Jasper 2000

J. Levin, M. Huneke & J. Jasper, 'Information processing at successive stages of decision making: Need for cognition and inclusion-exclusion-effects', *Organizational behavior and human decision processes* 2000 (vol. 82), p. 171-193.

Maheswaran & Sternthal 1990

D. Maheswaran & B. Sternthal, 'The effects of knowledge, motivation, and type of message on ad processing and product judgments', *Journal of consumer research* 1990, p. 66-73.

Malhotra 1982

N. Malhotra, 'Information load and consumer decision making', *Journal of consumer research* 1982, p. 419-430.

Michaelidou & Dibb 2008

N. Michaelidou & S. Dibb, 'Consumer involvement: a new perspective', *Marketing Review* 2008, p. 83-99.

Peter & Olson 2010

J. Peter & J. Olson, *Consumer behavior & marketing strategy* (9th international edition), Boston: McGraw-Hill 2010.

Poutsma 2013

S. Poutsma, 'Beïnvloedingsmogelijkheden bij de (stilzwijgende) verlenging van consumentenovereenkomsten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2013, p. 3-20.

Pratkanis 2008

A. Pratkanis, 'Social influence analysis: an index of tactics', in: Pratkanis (red.), *The science of social influence: advances and future progress*, Philadelphia: Psychology Press 2008, p. 17-82.

Tversky & Kahneman 1981

A. Tversky & D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice', *Science* 1981, p. 453-458.

Wyer 2008

R. Wyer Jr., 'The role of knowledge accessibility in cognition and behaviour – implications for consumer information processing', in: C. Haugtvedt, P. Herr & F. Kardes (red.), *Handbook of consumer psychology*, New York/Londen: Routledge 2008, p. 31-76.

DEEL B
PERSONEN- EN FAMILIERECHT

7 VAN POLITIEK GESTURDE WETGEVING NAAR EVIDENCE-BASED WETGEVING¹

Perspectieven vanuit het familierecht

M.V. Antokolskaia

In God we trust – all others must bring evidence²

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt ingegaan op het fenomeen dat bij het voorbereiden van de (familie-rechtelijke) wettelijke maatregelen waarmee men bepaalde maatschappelijke resultaten tracht te bereiken, vaak te weinig wordt stilgestaan bij de resultaten van wetenschappelijk onderzoek die licht kunnen laten schijnen op de vraag of deze maatregelen ‘werken’, in de zin dat zij positieve resultaten opleveren. Daarbij wordt de invoering van het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel in vier landen (Zweden, België, Australië en Nederland) als illustratie gebruikt. Het onderwerp evidence-based wetgeving wordt besproken in het kader van de bredere beweging van de evidence-based society. Problemen en valkuilen bij het maken van evidence-based wetgeving worden geïllustreerd aan de hand van ervaringen met betrekking tot het vinden en beoordelen van betrouwbaar bewijs op andere gebieden van het publieke domein. Ingegaan wordt op de vraag welke plaats aan een ‘evidence base’ toekomt in het wetgevende proces, naast andere beleidsbepalende factoren zoals ideologie en pragmatisch-politieke doeleinden. Tot slot worden suggesties gedaan over mogelijkheden om evidence-based wetgeving te faciliteren.

1 INLEIDING

Het idee om dieper in te gaan op het thema van de *evidence-based* wetgeving kwam bij mij op toen ik in 2010 tijdens een rechtsvergelijkend onderzoek naar het co-ouderschap voor mijn oratie in het kader van de Marcel Storme-leerstoel in Gent,³ een opmerkelijk fenomeen tegen het lijf liep. Ik onderzocht de gang van zaken in vier westerse landen – Zweden,

1 Met dank aan Catrien Bijleveld voor haar opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

2 Toegeschreven – in diverse varianten – aan W. Edwards Deming.

3 Antokolskaia 2010, p. 1179-1243.

Australië, België en Nederland – die als eersten het co-ouderschap de status van wettelijk prioriteitsmodel hebben gegeven. Van co-ouderschap doen internationaal gezien verschillende definities de ronde, maar in essentie komt het erop neer dat kinderen na de echtscheiding in min of meer gelijke mate bij beide ouders verblijven. Met name vanuit het perspectief van de vader wordt dit gezien als een verbetering ten opzichte van de ‘traditionele’ situatie waarin het kind na echtscheiding de facto doorgaans verblijft bij de moeder. De status van wettelijk prioriteitsmodel houdt in dat de rechter het co-ouderschap tot uitgangspunt moet nemen bij beslissingen over het verblijf van kinderen na echtscheiding. Een onherroepelijk gevolg is dat het co-ouderschap ook kan worden opgelegd wanneer dit niet door beide ouders wordt gezien als het meest verkiesbare verblijfsarrangement: ook als de moeder (of de vader) daarop tegen is, kan tot co-ouderschap worden beslist. In het familierecht is het een actuele vraag in hoeverre dat werkelijk een goed idee is. Dit met name met het oog op het belang van het kind. Het viel mij op dat in drie van de vier door mij onderzochte landen (Zweden, België en Nederland) de wetgever de ingrijpende stap van het verheffen van het co-ouderschap tot wettelijke prioriteitsmodel heeft genomen zonder kennis te nemen van de beschikbare resultaten van gedragswetenschappelijk onderzoek naar de effecten van verschillende verblijfsarrangementen op de kinderen. De Australische wetgever heeft bij zijn afwegingen wél wetenschappelijke gegevens meegenomen, maar zich bij zijn oordeel toch primair door politieke overwegingen laten leiden.

Het trof mij als een raadsel hoe de Zweedse, de Belgische en de Nederlandse wetgevers de letterlijk voor de hand liggende wetenschappelijke gegevens konden hebben gemist, en vond het moeilijk te plaatsen dat de Australische wetgever die gegevens naast zich neer heeft gelegd. In het kader van mijn toenmalige onderzoek kon ik dit fenomeen slechts signaleren, maar niet verklaren. Een bredere kijk laat echter zien dat de ontstaansgeschiedenis van de betreffende co-ouderschapwetgeving geenszins op zichzelf staat. Wetgeving op het gebied van het familierecht wordt vaak sterk politiek en ideologisch aangestuurd. De vraag ‘wat werkt?’ wordt vaak helemaal niet gesteld, of ingevuld met ongefundeerde gedragspresumpties. Zoals – een recent voorbeeld – de ongefundeerde veronderstelling dat verkorting van de duur van partneralimentatie de emancipatie van vrouwen zal bevorderen, omdat gehuwde vrouwen beter zullen nadenken voordat ze minder uren gaan werken of hun baan opgeven.⁴

Deze traditie is geenszins specifiek voor het familierecht, maar bestaat evengoed bij andere soorten wetgeving waarmee een bepaald maatschappelijk effect wordt beoogd en waarbij

4 Uitgesproken door de heer Recourt – een PvdA Tweede Kamerlid en een van de initiatiefnemers van het VVD/PvdA-voorstel tot verkorting van partneralimentatie – tijdens het symposium ‘Partner- en kinderalimentatie: Knelpunten en voorstellen voor verbetering’ op 9 mei 2012 te Amsterdam.

de vraag eigenlijk voor de hand zou moeten liggen wat er aan empirische gegevens beschikbaar is over de mate waarin de beoogde maatregel wel of niet zal werken. In Nederland vereist het Integraal Afwegingskader (IAK) dat het (wetgevende) beleid voldoet aan de eisen van rationaliteit, proportionaliteit en *evidence-based*.⁵ Een opdracht om de voorgenomen beleidsdoelstelling als zodanig vooraf zo veel mogelijk empirisch te toetsen, wordt daar kennelijk niet mee bedoeld. Het komt natuurlijk wel regelmatig voor dat in het kader van allerlei beleidsvragen, waaronder voorgenomen wetgeving, wel degelijk wetenschappelijk onderzoek wordt gedaan en/of bestaand onderzoek wordt geïnventariseerd – denk op het terrein van veiligheid en justitie aan het werk van het WODC – maar structureel verankerd als een vanzelfsprekende voorwaarde voor wetgevingsinterventies zoals wordt voorgestaan door de *evidence-based* beweging is dat zeker niet. Helaas komt het ook voor dat wetswijzigingen worden doorgevoerd die niet slechts haaks staan op nieuwe wetenschappelijke inzichten, maar zelfs daar contrair aan zijn.

Het is ook evident dat niet alle wetgeving zich leent voor een *evidence-based* benadering. Zuiver wetstechnische innovaties, zoals het aanpassen van de wetsystematiek, of wetgeving met een zuiver ideologische of politieke doelstelling, zoals het openstellen van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht, lenen zich niet voor onderzoek of de maatregel zal werken. Maar het merendeel van de wetgeving beoogt één of meer meetbare maatschappelijke effecten en kan derhalve aan een *ex ante*⁶ en/of een *ex post* effectiviteitstoets worden onderworpen. Zo ook veel wetgeving op het terrein van het familierecht.⁷ Wel heeft het familierecht een aantal bijzonderheden, vooral zijn nauwe verbondenheid met ideologie,⁸ die een rationele discussie over de merites van wettelijke interventies vaak moeilijk maakt. De ‘gender-wars’ die wel worden gevoerd rond co-ouderschapwetgeving zijn een goede illustratie daarvan.

In deze bijdrage probeer ik meer licht te laten schijnen op het fenomeen dat wetgevers relevante resultaten van wetenschappelijk onderzoek dikwijls negeren en op de mogelijkheden om dat tij te keren. Hiertoe zal ik het voorbeeld van het co-ouderschap in de bredere context van *evidence-based* beleid plaatsen. De problemen en valkuilen bij het maken van *evidence-based* wetgeving zal ik illustreren door extrapolatie van ervaringen met de toepassing van *evidence-based* policy op andere gebieden van het publieke domein. Ik begin met

5 Het Integraal Afwegingskader IAK is op 19 december 2012 volledig vernieuwd, zie: www.kc-wetgeving.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving. Het kabinet heeft in 2011 besloten, (Kamerstukken II 2010/11, 29 515, nr. 330) dat elk voorstel voor beleid of regelgeving een adequaat antwoord moet bevatten op de zeven hoofdvragen van het IAK.

6 Zie: Leeuw 2011, p. 52-65.

7 Voor een pleidooi voor de toepassing van *evidence-based* benadering in het familierecht, zie: Schrama 2012, p. 80-84.

8 Zie Antokolskaia 2006.

een beknopte bespreking van de gang van zaken in de hiervoor genoemde vier pionierslanden rond de invoering van het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel (par. 4). Daarna wordt nagegaan of het ook meer *evidence-based* kan (par. 5), in welk kader ik onder andere inventariseer wat voor relevante gedragswetenschappelijke gegevens op dit terrein te vinden zijn. Vervolgens ga ik na wat de ervaring van andere gebieden, waar *evidence-based* benadering wordt toegepast, ons kan leren met betrekking tot de vraag wat als een betrouwbare *evidence base* wordt beschouwd, en hoe die kan worden gevonden (par. 6). Voorts ga ik na wat voor rol de *evidence base* speelt in het wetgevende proces, naast andere beleidsbepalende factoren zoals ideologie en pragmatisch-politieke doeleinden (par. 7). Ten slotte wordt getracht om op te sommen welke stappen moeten worden ondernomen om *evidence-based* wetgeving te faciliteren (par. 8).

2 DE EVIDENCE-BASED-BENADERING IN HET PUBLIEKE DOMEIN

Evidence-based wetgeving veronderstelt dat de wetgever in zijn keuzen voor wetgevende interventies rationeel en doelgericht handelt en zich daarbij niet alleen door politieke en ideologische overwegingen laat leiden, maar mede door relevante resultaten van wetenschappelijk onderzoek inzake de (te verwachten) effectiviteit van die interventies. Het idee van *evidence-based* wetgeving is een onderdeel van bredere bewegingen zoals *evidence-based policy*⁹ en *evidence-based practice*,¹⁰ die op hun beurt deel uitmaken van een nog bredere stroming – de *evidence-based society*. Wat deze bewegingen gemeen hebben, is het gewicht dat zij toekennen aan empirisch bewijs dat de toe te passen interventies ‘werken’ – in de zin dat zij positieve resultaten opleveren.¹¹ De wortels van de *evidence-based* benadering liggen ver terug in de geschiedenis. *Evidence-based* policy is ideologisch en epistemologisch verwant met het *modernity* gedachtengoed, geboren tijdens de Verlichting.¹² In de laatste eeuw hebben tal van prominenten zich voorstanders getoond van een *evidence-based* benadering. Zo stelde bijvoorbeeld Keynes voor dat beleidsmakers rationele beslissingen moeten nemen op basis van kennis en beredeneerde experimenten.¹³ Maar als het gaat om het pleidooi voor het gebruik van een *evidence base* in het publieke domein, wordt het begin vaak gelegd in de jaren zestig van de vorige eeuw. Hoewel op sommige gebieden *evidence-based* benaderingen reeds eerder werden toegepast, wordt de vermaarde Amerikaanse psycholoog Donald Campbell vrij algemeen beschouwd als de grondlegger van de

9 Zie Pawson 2006, p. 1-16.

10 Een overkoepelende term voor de activiteiten en praktijken waarvan in goed onderzoek is aangetoond dat ze positieve interventieresultaten opleveren. Rovers 2012, p. 9.

11 Voor een overkoepelende definitie zie o.a. Rovers 2012, p. 9.

12 Sanderson 2000, p. 1-2.

13 Keynes 1971, p. 289. Geciteerd in: Nutley & Webb 2000, p. 26.

hedendaagse brede *evidence-based* stroming. Campbell pleitte in 1969 voor wat hij ‘*the experimenting society*’ noemde.¹⁴ Campbells *experimenting society* is:

‘(...) *one – that would vigorously try out possible solutions to recurrent problems and would make hard-headed, multidimensional elaborations of outcomes, and when the evaluation of one reform showed it to have been ineffective or harmful, would move to try other alternatives.*’¹⁵

Campbells veronderstelling dat overheden hun sociale programma’s kunnen baseren op de resultaten van betrouwbare experimentele evaluaties en dat daardoor de vooruitgang van de maatschappij zou worden verzekerd, bleek echter een utopie die stuk liep op de harde realiteit.¹⁶ Het vermogen van de politiek om resultaten van wetenschappelijke arbeid te gebruiken bleek erg te zijn overschat. Politici en bestuurders waren niet in staat om betrouwbare experimentele evaluaties te onderscheiden van onbetrouwbare. Campbells vaandel werd niettemin overgenomen door een bredere stroming die ervoor pleitte om interventies niet enkel door middel van experimentele evaluaties te toetsen, maar door alle soorten wetenschappelijk onderzoek. Het idee van de *experimenting society* werd opgevolgd door de bredere notie van de *evidence-based society*.¹⁷ Deze stroming streeft onder andere naar het creëren van toegankelijke databases van onderzoeksresultaten. Om politici en bestuurders van betrouwbare informatie te voorzien werden in de jaren negentig op verschillende terreinen internationale samenwerkingsverbanden van wetenschappers opgericht, die tot doel hadden om systematische reviews van de stand van de wetenschappelijke kennis op een bepaald domeinen te produceren. Begin jaren negentig werd in Engeland de *Cochrane Collaboration* opgericht; een internationaal netwerk van 28.000 onderzoekers uit 100 landen. De doelstelling is om samen te werken teneinde medische zorgverleners, beleidsmakers en andere stakeholders in de gezondheidszorg in staat te stellen om goedgeïnformeerde beslissingen te nemen, door het opstellen, updaten en promoten van systematische reviews van hoge kwaliteit van primair gezondheidsonderzoek.¹⁸ In 1999 werd in de VS de *Campbell Collaboration* opgericht om soortgelijke betrouwbare systematische reviews te produceren met betrekking tot de effecten van interventies op het terrein van het sociale welzijn, internationale ontwikkelingen, onderwijs, misdaadbestrijding en justitie.¹⁹

14 Campbell 1969, 409-429.

15 Ibid.

16 Donaldson 2009, p. 3.

17 Donaldson 2009, p. 3.

18 Zie Cochrane’s website: www.cochrane.org/about-us.

19 Zie Campbell’s website: www.campbellcollaboration.org/about_us/index.php.

Rond de millenniumwisseling nam de aandacht voor *evidence-based policy* toe, vooral in de Angelsaksische wereld en in mindere mate ook in Scandinavië. In 1994 riep de *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) *evidence-based* ‘resultaat georiënteerd management’ uit tot het nieuwe managementparadigma.²⁰ In 1997 werd de notie van *evidence-based policy* omarmd door de *Labourpartij* in Groot-Brittannië die ‘*What counts is what works*’ koos als haar verkiezingsmotto. Na haar verkiezingsoverwinning van dat jaar creëerde de *Labour*-regering een *Centre for Management and Policy Studies* in het *Cabinet Office* om een ‘*window at the heart of government for the evaluation of evidence*’ te maken.²¹ De millenniumwisseling liet een snelle groei zien van *evidence-based* benaderingen op allerlei beleidsterreinen, van transport en huisvesting tot gezondheidszorg en – in beperktere mate – *criminal justice*.²² Dat beleid heeft nog geen structurele invloed op het wetgevingsproces. Voor zover ik kon achterhalen is die invloed nog het grootst op het gebied van *criminal justice*,²³ maar zelfs daar is zij beperkt.

3 WETGEVERS MAKEN EEN SPRONG IN HET DUISTER: GEEN AANDACHT VOOR EMPIRISCHE KENNIS

Vrij recent is in Zweden (1998), Australië (2006), België (2006), Nederland (2009) en daarna ook in enkele andere landen het co-ouderschap ingevoerd als wettelijk prioriteitsmodel. In Engeland (2004)²⁴ en Canada (2002) is deze mogelijkheid overwogen en afgewezen. De wetsgeschiedenis laat zien dat in de eerste vier genoemde landen de keuze van de wetgever meer gebaseerd was op politieke en mensenrechtelijke gronden, dan op gedragswetenschappelijke gegevens over de implicaties van het co-ouderschap voor het welzijn van de kinderen. De opkomst van het co-ouderschap moet worden gezien tegen de achtergrond van maatschappelijke veranderingen in de rolverdeling tussen mannen en vrouwen binnen het gezin, waarbij de vrouw niet meer vanzelfsprekend als de betere verzorger van de kinderen wordt gezien. Deze maatschappelijke veranderingen vinden reeds geruime tijd hun weerslag in het recht. Een eerste stap was het automatisch laten doorlopen van het gezamenlijk gezag na de scheiding. Van daaruit gezien is het co-ouderschap een logische vervolgstap. Aanvankelijk werd co-ouderschap slechts gebezigd door een kleine

20 Sanderson 2000, p. 2.

21 Sanderson 2000, p. 2; Petrosino et al. 2001, p. 16.

22 Voor een overzicht van de toepassing van *evidence-based* benadering in verschillende gebieden zie bijv. Davies et al. 2000 en Donaldson et al. 2009.

23 Zie bijv. Shajnfeld & Krueger 2006, p. 81-99.

24 De laatste twee jaar laten de terugkeer van de politieke belangstelling voor het co-ouderschap zien. Twee initiatiefvoorstellen zijn ingediend in 2011 gevolgd in 2012 door een consultatieronde geïnstigeerd door de regering. Zie: Comments on the Government's Cooperative Parenting Following Family Separation Consultation Paper, Family Briefing Paper 7, Department of Social Science and Intervention, University of Oxford 2012, www.spi.ox.ac.uk.

groep ouders die een goede verstandhouding met elkaar hadden en allebei wilden co-ouderen. Maar gaandeweg werd het co-ouderschap door vaders steeds meer gezien als een recht, en de afwijzing ervan als een inbreuk op hun gelijkwaardigheid. Deze perceptie van het co-ouderschap als een ‘recht’ heeft de politiek de impuls gegeven om wettelijke maatregelen in te voeren die beogen te verzekeren dat dit recht niet door de andere ouder kan worden gefrustreerd.

3.1 *Zweden: een logische vervolgstap?*

In 1998 was Zweden een van de eerste landen die de mogelijkheid introduceerde om het co-ouderschap toe te kennen tegen de uitdrukkelijke wens van een van de ouders in.²⁵ Dat gebeurde als ware het vanzelfsprekend. Deze hervorming werd weliswaar voorafgegaan door het *Custody, Residence and Access*-rapport²⁶ dat in 1996 door de *Custody Deputies Commission* aan de regering werd aangeboden,²⁷ maar over het co-ouderschap stond daar opvallend weinig in.²⁸ Een Zweedse auteur vindt het opmerkelijk dat de wetgever deze vergaande stap met betrekking tot het co-ouderschap nam zonder enige discussie.²⁹ In Zweden bestaat de indruk dat ‘*alternative residence without closer analysis became an automatic step in the development of the rules concerning custody of the child*’.³⁰ De hervorming was gebaseerd op de veronderstelling dat het co-ouderschap in het belang van het kind is.³¹

3.2 *België: geen onderzoek vanuit het perspectief van kinderen*

In België gaf de wet van 18 juni 2006³² het co-ouderschap – in de terminologie van de wet: de gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind – een wettelijke verankering. De wet verplicht de rechter om het verblijfsco-ouderschap in iedere zaak als eerste optie te overwegen, en hij kan het opleggen tegen de expliciete wens van een van de ouders in. Naast het belang van het kind werd ook het belang van de ouders als wettelijk criterium voor deze afweging toegevoegd. De redenen voor de verheffing van het co-ouderschap tot een

25 De wetwijziging is op 1 oktober 1998 in werking getreden.

26 *Official Government Report* SOU 1995, 79.

27 Saldeen 2008, p. 351.

28 *Official Government Report* SOU 1995, 79, p. 88-90, geciteerd in Singer 2008, in noot 17.

29 Singer 2009, p. 62.

30 *Ibid.*, p. 64.

31 Saldeen 2008, p. 354.

32 ‘Wet tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind’, in werking getreden op 14 september 2006.

bevoorrecht verblijfsmodel waren vooral politiek en mensenrechtelijk van aard.³³ Deze stap werd geplaatst in het kader van de ‘constitutionalisering van het familierecht’ en de ‘toenemende invloed van de fundamentele rechten en plichten’ in het familierecht.³⁴ Maar de betreffende wet wordt ook gezien als een voorbeeld ‘van de toenemende invloed van lobbygroeperingen op het parlementaire werk’.³⁵ In het wetgevingsproces is wel een aantal stellingen van feitelijke aard naar voren gebracht, maar die waren niet op wetenschappelijk onderzoek gestoeld. Zo stelde de toenmalige Belgische minister van Justitie dat het co-ouderschap idealiter in het belang van het kind is.³⁶ In een toelichting bij het eerdere initiatiefwetsvoorstel van het Kamerlid Swennen werd zonder verwijzing naar bronnen beweerd dat er wetenschappelijk bewijs is dat kinderen bij een gelijk verdeeld verblijf minder aanpassingsproblemen hebben dan bij een klassieke weekendregeling,³⁷ en dat het co-ouderschap een conflictverminderend effect zou hebben.³⁸ Verder werd gesteld dat de grondslag van de klassieke verblijfsregeling – de veronderstelling dat de moeder beter voor het kind kan zorgen dan de vader – niet klopt.³⁹ Over de gang van zaken met betrekking tot de introductie van het co-ouderschap werd in de Belgische literatuur opgemerkt dat de wet ‘zonder een gefundeerd onderzoek vanuit het perspectief van kinderen’ is aangenomen.⁴⁰ Verwijzingen naar wetenschappelijke bronnen zijn in de wetgevende stukken sowieso schaars.⁴¹ Wel was het de Belgische wetgever bekend dat het co-ouderschap door deskundigen als ‘controversieel’ werd beschouwd.⁴²

3.3 *Australië: ‘less reliance on empirical evidence, greater reliance on an assertion of rights’*

Anders dan in de andere hier besproken landen, werd in Australië voorafgaand aan de wetswijziging van 2006⁴³ wel een uitgebreid onderzoek uitgevoerd. Vóór de presentatie van het wetsvoorstel had de Australische regering aan de *Standing Committee on Family and Community Affairs* (FCAC) van het *House of Representatives* een onderzoeksopdracht

33 Ibid., p. xiii.

34 Ibid.

35 Ibid., p. xiv.

36 *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht 27 januari 2006, Antwoord van de minister, p. 44.

37 *Parl. St. Kamer*, nr. 51-0976/001, Wetsvoorstel Swennen, 30 maart 2004, p.15-16.

38 Ibid., p. 21.

39 Ibid., p. 13.

40 Bronselaer et al. 2007, p. 160.

41 In de toelichting bij het voorstel van het Kamerlid Swennen wordt beweerd dat in België over dit onderwerp ‘bijzonder weinig onderzoeksmateriaal’ voorhanden is. *Parl. St. Kamer*, nr. 51-0976/001, Wetsvoorstel Swennen, 30 maart 2004, p. 22.

42 *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van Toelichting, p. 6.

43 *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006*.

gegeven, die resulteerde in een omvangrijk rapport getiteld *Every picture tells a story*,⁴⁴ dat verscheen in 2003. Het zes maanden durende onderzoek van het *Committee* vond plaats in een klimaat van gespannen politiek debat. Naast het inventariseren van bestaande onderzoeksresultaten, ontving het *Committee* 1700 inzendingen en hoorde het 166 respondenten.⁴⁵ Hierdoor werd een grote groep van particulieren, belangenorganisaties, juristen, kinderpsychologen en sociale wetenschappers in staat gesteld om hun persoonlijke en professionele kennis en ervaring aan het *Committee* door te geven.⁴⁶ Uit het door het *Committee* gepresenteerde overzicht van bestaande onderzoeksresultaten bleek dat *'there is no clear link between a child's well-being and the form of their residence arrangements, and that maximum contact with each parent is not necessarily a good thing'*.⁴⁷ Het advies van het *Committee* was om het co-ouderschap zo veel mogelijk te bevorderen, maar om geen wettelijk vermoeden in zijn voordeel te creëren.⁴⁸ In haar oorspronkelijke wetsvoorstel volgde de regering dit advies. Later werd het wetsvoorstel echter gewijzigd onder invloed van de kritiek van het *Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs* (LACA), die was gebaseerd op de bezwaren van de *Shared Parenting Council of Australië*, een belangenorganisatie die het co-ouderschap promoot.⁴⁹ De uiteindelijk aangenomen wet verplicht de rechter om het verblijfsco-ouderschap als eerste optie in overweging te nemen. Hij is vrij in zijn oordeel of het verblijfsco-ouderschap in casu in het belang van het kind is en of het praktisch uitvoerbaar is, maar mag het tegen de zin van een van de ouders opleggen. Per saldo werd een advies gestoeld op een wetenschappelijke studie genegeerd, en een advies, voortvloeiend uit het politieke debat, gevolgd. Deze gang van zaken werd door John Dewar – een van Australië's meest gezaghebbende deskundigen op het gebied van het familierecht – getypeerd als *'less reliance on empirical evidence or research findings than on rights, interests and claims of particular groups'*.⁵⁰

3.4 Nederland: wetenschappelijke gegevens kwamen niet eens ter sprake

Het co-ouderschap – in de wettelijke omschrijving: de gelijkwaardige verdeling van zorgen opvoedingstaken – kreeg in Nederland wettelijke verankering door de wetswijziging

44 Verder – FCAC rapport (www.aph.gov.au/house/committee/fca/childcustody/report.htm).

45 Rhoades & Boyd 2004, p. 131.

46 Ibid., p. 131-132.

47 Ibid., p. 132.

48 FCAC rapport, p. 30.

49 Verder: LACA rapport, The Parliament of the Commonwealth of Australia, Report on the Exposure Draft of the Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Bill 2005, House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, August 2005, www.aph.gov.au/house/committee/laca/familylaw/report/fullreport.pdf.

50 Dewar 2010, p. 380.

van 1 maart 2009.⁵¹ Of onder ‘gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken’ het co-ouderschap moest worden verstaan, bleef lang onduidelijk. Deze formulering kwam in de wet door het amendement-De Wit⁵² op een regeringswetsvoorstel. Het amendement was gebaseerd op het afgewezen initiatiefwetsvoorstel Luchtenveld dat – wat co-ouderschap betreft – een hele evolutie had doorgemaakt. Deze evolutie is elders uitvoerig beschreven.⁵³ Om een lang verhaal kort te maken: het wetsvoorstel-Luchtenveld had een oorspronkelijke, ‘sterke’ versie die in het amendement-De Wit woordelijk is overgenomen. Uit de toelichting door Luchtenveld op die oorspronkelijke sterke versie blijkt ondubbelzinnig dat daarmee werd beoogd het co-ouderschap in te voeren als prioriteitsmodel. Op 21 mei 2010 wees de Hoge Raad op een arrest over deze kwestie. De Hoge Raad lijkt ervan uit te gaan dat door de wetwijziging het co-ouderschap de status van prioriteitsregeling heeft gekregen.⁵⁴

Tijdens het politieke debat over twee wetsvoorstellen kwamen empirische gegevens niet ter sprake. Net als in België werd met de nieuwe regeling beoogd een mentaliteitsverandering teweeg te brengen, namelijk het besef dat ‘in de verzorging- en opvoedingsrelatie tussen de ouders en de kinderen in beginsel niets verandert op de enkele grond van de ontbinding van het huwelijk’.⁵⁵ Daarmee werd ernaar gestreefd een einde te maken aan de thans bestaande praktijk om het ouderlijk gezag van een van de ouders verregaand te marginaliseren op basis van het begrip ‘gewone verblijfplaats’ van het kind.⁵⁶ Zonder enige bronverwijzing werd gesteld dat het – behoudens uitzonderingen in ‘zeer specifieke gevallen’ – in het belang van het kind is, als ‘het kind contact onderhoudt met beide ouders en als de opvoedende en verzorgende taken op gelijkwaardige wijze door beide ouders worden ingevuld’.⁵⁷

3.5 *Tussenconclusie*

De voorafgaande schets laat zien dat drie van de vier onderzochte landen (Zweden, België en Nederland) de stap naar het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel – en daarmee tevens naar co-ouderschap dat in zekere mate is opgedrongen – hebben gezet zonder enig voorafgaand onderzoek naar het effect daarvan op het welzijn van het kind en zonder raadpleging van reeds bestaande onderzoeksresultaten. In Australië werd wel een speciaal

51 Wet van 27 november 2008 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap, *Stb.* 500. Inwerkingtreding op 1 maart 2009, *Stb.* 2009, 56.

52 Gewijzigd amendement-De Wit, Kamerstukken II 2006/07, 30 145, nr. 26.

53 Kok 2006, p. 177-190; Antokolskaia 2010, p. 1179-1243, Antokolskaia 2011, p. 9-20.

54 Zie daarover Antokolskaia 2011, p. 9-20.

55 Kamerstukken II 2005/06, 29 676, nr. 6. MvT zoals gewijzigd n.a.v. het advies van de Raad van State, p. 4-5.

56 MvT zoals gewijzigd n.a.v. het advies van de RvS, 29 676, nr. 6, p. 5.

57 Kamerstukken II 2005/06, 29 676, nr. 9. Nota n.a.v. het verslag, p. 21.

onderzoek gelast. Niettemin heeft de Australische wetgever zich in zijn keuzes uiteindelijk minder laten leiden door de op dat onderzoek gebaseerde adviezen, dan door politieke overwegingen.

4 MOGELIJKHEDEN VOOR EEN MEER EVIDENCE-BASED BENADERING VAN DE WETTELIJKE REGELING VAN HET CO-ouderschap

4.1 *Leende de invoering van het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel zich voor een evidence-based benadering?*

De vraag hoe te verklaren dat de hiervoor genoemde wetgevers de stap naar het co-ouderschap als prioriteitsmodel hebben gezet zonder zich (veel) te bekommeren over de wetenschappelijk kennis over de te verwachten implicaties voor het welzijn van de kinderen, krijgt pas diepgang als ervan uit kan worden gegaan dat de betreffende wetgeving zich in beginsel wel voor een *evidence-based* benadering had geleend. Kon met betrekking tot een dergelijke interventie op het gebied van verblijfsarrangementen wel worden voorspeld in hoeverre zij zou werken? Dat hangt in de eerste plaats af van de effecten die met de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel werden beoogd. Uit de parlementaire stukken blijkt dat de wetgevers de volgende effecten voor ogen hadden:

- de feitelijke gelijkheid van vaders en moeders na de scheiding, plus een mentaliteitsverandering;
- het welzijn van de ouders (vooral de achtergestelde vaders);
- evenveel contact van de kinderen met beide ouders na de scheiding;
- het welzijn van de kinderen, hetwelk wordt verondersteld gebaat te zijn met zo veel mogelijk contact met beide ouders.

Daarbij konden redelijkerwijs de volgende ongewenste neveneffecten worden verwacht:

- meer conflict tussen de ouders, en daardoor meer blootstelling van de kinderen aan ouderlijk conflict;
- problemen met de aanpassing van de kinderen aan de co-ouderschsituatie (twee verblijfplaatsen, reisafstand, verschillende opvoedingsstijlen).

Met betrekking tot zowel de beoogde effecten van het co-ouderschap als prioriteitsmodel, als de te verwachten neveneffecten daarvan, kan worden geconstateerd dat deze zich in beginsel lenen voor onderzoek naar de vraag of, en zo ja in hoeverre, deze door de maatregel in de hand worden gewerkt. Het gaat hier immers om effecten die men in beginsel kan toetsen aan de ervaringen met diverse verblijfsarrangementen waaronder het al langer bestaande *vrijwillige* co-ouderschap. Is het waar dat de wetgevers wetenschappelijke

gegevens hierover niet bij hun afwegingen konden betrekken, omdat deze, zoals in het Belgische debat werd gezegd, schaars en tegenstrijdig waren? Een simpele zoektocht uitgevoerd door mijzelf – een jurist gespecialiseerd in het familierecht, zonder bijzondere deskundigheid op het gebied van gedragswetenschappen – laat zien dat dit niet het geval was. In het navolgende bespreek ik de resultaten van mijn zoektocht, waarbij ik mij beperk tot de twee naar mijn mening belangrijkste vragen, die beide betrekking hebben op het welzijn van het kind:

1. In hoeverre klopt de veronderstelling dat zo veel mogelijk contact met beide ouders – behoudens uitzonderlijke omstandigheden – in het belang van het kind is?
2. In hoeverre klopt de veronderstelling dat co-ouderschap – in de regel – in het belang van het kind is?

4.2 *Contact van het kind met de niet-verzorgende ouder en het welzijn van het kind*

Een blik naar de gedragswetenschappelijke literatuur laat zien dat de veronderstelling dat zo veel mogelijk contact met beide ouders goed is voor het kind, niet door bewijs wordt gesteund. Verschillende reviews zoals die van Amato en Gilberth (1999),⁵⁸ Whiteside en Becker (2000),⁵⁹ Dunn (2004),⁶⁰ Gilmore (2006),⁶¹ Spruijt (2002 en 2007), het meest recente Australische overzicht (2009)⁶² en Fehlberg et al. (2011)⁶³, laten zien dat uit de bulk van de empirische data blijkt dat er geen direct verband is tussen de frequentie van het contact met de niet-verzorgende ouder en de goede ontwikkeling van het kind. Een deel van deze studies dateert reeds van de periode rond de eeuwwisseling, zoals de klassiek te noemen werken van Amato.⁶⁴ Al in 1999 vatte Lye, auteur van een andere brede review, de conclusies van verschillende empirische onderzoeken als volgt samen:

‘The weight of evidence does not support the view that higher levels of child non-resident father contact are automatically or always beneficial to children.’⁶⁵

58 Amato & Gilberth 1999, p. 557-573.

59 Whiteside & Becker 2000, p. 5-26.

60 Dunn 2004, p. 659-675.

61 Gilmore 2006, p. 346-353, Spruijt et al. 2003, Spruijt 2007, p. 44-45, AIFS report, Appendix A: Historical context: Family Law and social change in Australia 1976-2006, p. A6-A7.

62 Evaluation of the 2006 Family Law Reforms rapport van het Australian Institute of Family Studies (AIFS), 2009, www.aifs.gov.au/institute/pubs/fle/.html.

63 Fehlberg et al. 2011.

64 Amato & Rezac 1994, p. 78; Amato & Gilberth 1999; Amato 2001, p. 355-370.

65 Lye 1999.

Uit de empirische studies blijkt dat de *kwaliteit* van het contact met de niet-verzorgende ouder belangrijker is dan de *frequentie* daarvan.⁶⁶ De belangrijkste factoren die de kwaliteit van de ouder-kindrelatie bepalen, zijn de stijl van ‘*authoritative parenting*’⁶⁷ en de emotionele band tussen de ouder en het kind.⁶⁸ In de onderzoeken waar wel een positief verband tussen de frequentie van het contact in het algemeen⁶⁹ en het aantal overnachtingen bij de niet-inwonende ouder in het bijzonder⁷⁰ en het welzijn van het kind is gevonden, werd dat hierdoor verklaard dat veelvuldig contact essentieel is voor het opbouwen van een warme affectieve relatie tussen vader en kind.⁷¹ Deze bevindingen werden bevestigd in het Australisch onderzoek uit 2009 dat aantoonde:

*‘The idea that a clear linear relationship exists between parenting time and children’s outcomes (such as ever-increasing amounts of time necessarily leads to better outcomes for children) appears to lack an empirical basis – although an emotionally close and warm relationship naturally requires some time to sustain it.’*⁷²

Verder laat het empirisch onderzoek zien dat de coöperatieve opstelling van de verzorgende ouder een andere belangrijke waarborg is voor goed contact tussen het kind en de niet-verzorgende ouder.⁷³ Voorts is er een solide *body of evidence* dat suggereert dat contact waarbij het kind aan een ouderlijk conflict wordt blootgesteld⁷⁴ of contact dat is voorafgegaan door een geschiedenis van huiselijk geweld,⁷⁵ een negatieve invloed heeft op de ontwikkeling van het kind.

4.3 Co-ouderschap en het welzijn van het kind

Ook de veronderstelling dat co-ouderschap in de regel in het belang van het kind is blijkt niet te sporen met de resultaten van empirisch onderzoek. De algemene conclusie van de studies op dit terrein – uitgevoerd vóór de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel – naar het effect van het co-ouderschap op de kinderen is dat co-ouderschap een

66 Lamb 2007.

67 Baumrind 1968, p. 255-272.

68 Amato & Gilberth 1999, p. 565-568.

69 See, for instance Dunn et al. 2004, p. 562-563.

70 Cashmore et al. 2008.

71 Ibid., p. 562.

72 Smyth 2009, p. 43.

73 Trinder et al. 2002.

74 Zie, bijv. Amato 2006. Voor een overzicht van literatuur zie: Gilmore 2006, p. 350-351.

75 AIFS report, Appendix A: Historical context, p. A7-A8.

evengoed verblijfsarrangement is als alle anderen.⁷⁶ Op zijn best is het beter dan verblijf bij uitsluitend één van de ouders.⁷⁷ Gilmore rondt zijn overzicht af met de conclusie dat:

*'The most important findings across research studies (...) is that the child's residence arrangement alone has very little, if any, impact on child well-being.'*⁷⁸

Verder wordt het succes van co-ouderschap voor het kind vooral in verband gebracht met het vermogen van de ouders om met elkaar samen te werken en hun conflicten te minimaliseren.⁷⁹ Een meta-analyse van 68 studies die in 1997 door Buehler en anderen is gepubliceerd, geeft aan dat in het kader van het co-ouderschap de blootstelling aan ouderlijke conflicten, geweld en zorgen van de verzorgende ouder over de veiligheid van het kind, een reëel gevaar vormen voor het kindergeluk.⁸⁰ De studie van Lye uitgevoerd in de VS in 1999, toonde aan dat:

*'[p]arental conflict is a major source of reduced well-being among children of divorce. Research indicates that joint physical custody and frequent child-nonresidential parent contact have adverse consequences for children in high-conflict situations. Joint physical custody and frequent child-nonresidential parent contact do not promote parental cooperation.'*⁸¹

In het licht van deze onderzoeksresultaten hebben deskundigen in verschillende landen hun bezorgdheid geuit over de impact van co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel op het welzijn van kinderen.⁸² In Engeland en Wales⁸³ en in Canada⁸⁴ is het hen gelukt om de wetgever te overtuigen om deze veranderingen niet door te voeren.

4.4 *Ex post evaluaties van het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel*

Het zojuist besproken empirisch onderzoek naar de effecten van het co-ouderschap op het welzijn van het kind dat werd verricht vóór de invoering van de wettelijke mogelijkheid om het co-ouderschap tegen de zin in van een van de ouders op te leggen, bevat in zekere zin een onvermijdelijke selectiebias. Omdat co-ouderschap destijds alleen nog voorkwam

76 Abarbanel 1979, p. 328. Cited in: S. Gilmore Gilmore 2006, p. 353.

77 Leupnitz 1991, p. 113. Cited in: Gilmore 2006, p. 353.

78 Gilmore 2006, p. 354.

79 Gilmore 2006, p. 354.

80 Buehler et al. 1997, p. 233-247.

81 Lye 1999.

82 Singer 2009, p. 70; Gilmore 2006, p. 360-362; Smart et al. 2003; Smart 2004, p. 484-503.

83 Harris & George 2010.

84 Boyd 2003.

op basis van consensus tussen de ouders, waren de onderzochte ouders als het ware geselecteerd op basis van de eigen bereidheid om te co-ouderen. Deze groep ouders is geenszins representatief voor de gehele populatie van gescheiden ouders, en nog minder voor de meest uitgesproken doelgroep van de nieuwe co-ouderschapswetgeving: ouders die wegens onenigheid over het verblijfsarrangement naar de rechter moeten stappen. Derhalve kunnen de effecten van het co-ouderschap op het welzijn van de kinderen die bij de eerste groep zijn gevonden niet zonder meer worden geëxtrapoleerd naar de gehele populatie van gescheiden ouders, en zeker niet naar de groep die naar de rechter stapt.⁸⁵ De effecten op kinderen van het co-ouderschap als prioriteitsmodel opgelegd tegen de wil van een van de ouders in, konden uiteraard slechts worden bestudeerd nadat de wet die oplegging mogelijk had gemaakt. In dit opzicht zijn de hiervoor besproken wetsvormingen vanuit onderzoeksperspectief als het ware een grootschalig ‘*natural experiment*’.

De effecten van dit ‘experiment’ zijn in twee van de hier besproken landen, Zweden en Australië, geëvalueerd. In 2000, twee jaar na de hiervoor besproken wetsherziening, heeft de *Swedish National Board of Health and Welfare* een studie uitgevoerd naar de effecten van de mogelijkheid om co-ouderschap op te leggen tegen de zin van een van de ouders in.⁸⁶ Deze studie laat zien dat de ouders die *zelf* voor het co-ouderschap hebben gekozen, daarover positief blijven.⁸⁷ De kinderen die co-ouderschap hebben meegemaakt, benadrukken als het belangrijkste positieve kenmerk dat het co-ouderschap hen in staat stelt om met beide ouders een hechte intieme band te ontwikkelen.⁸⁸ Tegelijkertijd zeiden sommigen van hen dat het soms stressvol is om geen eigen vaste woonplek te hebben.⁸⁹ Een deel van de kinderen zouden hun woonarrangement best willen veranderen, maar durven daarover niet tegen hun ouders te beginnen.⁹⁰ De ouders die het co-ouderschap tegen hun wil opgelegd hebben gekregen, waren echter niet positief over hun ervaringen. Ze meldden vooral dat hun vermogen om met elkaar te communiceren na het opleggen van het co-ouderschap niet was verbeterd.⁹¹ De algemene conclusie van het onderzoek bevestigde de bevindingen van de eerdere empirische studies dat het co-ouderschap op zichzelf noch goed, noch slecht is. Alles hangt van de houding van de ouders af.⁹² Aan het eind van het rapport wordt opgemerkt dat de indruk bestond dat het kind degene is die voor het gelijk verblijf bij beide ouders de rekening moet betalen.⁹³

85 Fehlberg et al. 2011, p. 7.

86 Zie: Singer 2009, p. 57.

87 *Socialstyrelsen*, 2004, p. 8.

88 Ibid.

89 Ibid.

90 Ibid.

91 Ibid., p. 8.

92 Ibid., p. 8.

93 Ibid., p. 8-9.

In 2002 gaf de Zweedse regering een speciaal regeringscomité opdracht om de invoering van de regeling inzake het co-ouderschap te evalueren.⁹⁴ Uit dit tweede onderzoek blijkt opnieuw dat het vermogen van de ouders om met elkaar samen te werken cruciaal is voor het succes van co-ouderschap. Als de ouders niet in staat zijn om goed met elkaar te communiceren, wordt co-ouderschap een bron van voortdurend conflict dat het kind negatief beïnvloedt.⁹⁵ Het comité concludeerde dat in gevallen waarin sprake is van een geschiedenis van huiselijk geweld of een andere denigrerende behandeling van familieleden, noch het gezamenlijk gezag, noch het co-ouderschap op zijn plaats is.⁹⁶ Naar aanleiding van deze conclusies heeft de Zweedse regering besloten om de wetgeving aan te passen.

In Australië werd de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel in 2006-2009 geëvalueerd in opdracht van de regering. De studie duurde drie jaar en behelsde een dataverzameling onder 28.000 respondenten, zowel deskundigen als familieleden.⁹⁷ Het onderzoek onder gescheiden ouders liet zien dat het co-ouderschap door het merendeel van hen wordt geaccepteerd. De meerderheid van de ouders met een co-ouderschaparrangement berichten dat dit goed werkt voor hen en voor de kinderen.⁹⁸ Maar wanneer een van de ouders zorgen had over de veiligheid van het kind bij de andere ouder (dat betrof een vijfde van alle ouders), hadden de kinderen in het co-ouderschaparrangement een slechtere welzijnscore.⁹⁹ De praktijkjuristen waren minder positief over de nieuwe wet dan de ouders. Een algemeen gedeelde opvatting onder de familierechtjuristen was dat sinds de invoering van de nieuwe wet *'negotiation and litigation had become more focused on parents' 'rights' rather than on children's best interests and needs'*.¹⁰⁰ Daardoor kwam de prioriteit van het belang van het kind in het geding.¹⁰¹ De meeste ondervraagde deskundigen meenden dat de nieuwe wetgeving vaders over moeders, en ouders over kinderen, heeft bevoordeeld.¹⁰² De bevindingen inzake de effecten van het co-ouderschap op het welzijn van kinderen – voornamelijk gebaseerd op een longitudinale studie van gescheiden families (N=1000)¹⁰³ – waren neutraal tot marginaal positief. De onderzoekers vonden dat:

'[s]hared care does not appear to be associated with worse outcomes for children compared with the children spending 1-34% of their nights with father or having

94 Singer 2009, p. 64.

95 Ibid., p. 160.

96 Ibid.

97 AIFS report, summary of report on www.aifs.gov.au/institute/pubs/fle/summaryreport.html.

98 AIFS report, p. 366.

99 Ibid., p. 366.

100 Ibid., p. 216.

101 Ibid., p. 365.

102 Ibid., p. 230.

103 Ibid., p. 256.

*daytime-only contact. If anything, children in a shared time-care arrangement fared marginally better’.*¹⁰⁴

Naar aanleiding van dit onderzoek heeft de Australische regering besloten om de wet aan te passen, teneinde duidelijk te maken dat veiligheid van het kind absolute prioriteit moet genieten bij het nemen van een beslissing inzake het verblijfsarrangement.

Deze *ex post* evaluaties van zijn uiteraard van groot belang voor de wetgevers van landen die momenteel of op enig moment in de toekomst de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel overwegen.

4.5 Tussenconclusie

Met de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel beoogden de hier besproken wetgevers meetbare effecten te bewerkstelligen, waardoor deze maatregel zich in beginsel leende voor voorafgaand onderzoek naar de vraag in hoeverre hij ook zal werken. In drie van de vier onderzochte landen is dat niet verricht, in één geval zelfs onder verwijzing naar de schaarste en tegenstrijdigheid van bestaande wetenschappelijke gegevens. Zelfs een eenvoudige zoektocht uitgevoerd door een individuele jurist zonder sociaal-wetenschappelijke scholing als mijzelf – en dus zeker ook haalbaar voor de ambtelijke staf van de wetgevende instanties – laat zien dat deze bewering reeds ten tijde van de invoering van de nieuwe wetten inzake het co-ouderschap, feitelijke grondslag miste. Reeds in 1998, toen Zweden als eerste het co-ouderschap als wettelijk prioriteitsmodel invoerde, waren er in ruime mate empirische onderzoeksresultaten voorhanden over het effect op het kindergelukkig zijn van het contact van het kind met de niet-verzorgende ouder in het algemeen, en van het co-ouderschap in het bijzonder. Latere onderzoeken hebben de bevindingen van deze studies bevestigd. Samen met de *ex post* evaluaties van de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel uit Zweden en Australië is inmiddels sprake van een solide *body of evidence*, dat door andere landen die dergelijke hervormingen overwegen in het kader van een *evidence-based* benadering kan worden gebruikt.

¹⁰⁴ Ibid., p. 273.

5 EEN AANTAL PERIKELN VAN EVIDENCE-BASED WETGEVING

5.1 *Welk bewijs telt, welk bewijs is betrouwbaar en waar is dat te vinden?*

Om wetenschappelijke gegevens te gebruiken, moet de wetgever – praktisch gesproken niet alleen de politiek maar vooral het ambtelijk apparaat dat wetgeving voorbereidt – kunnen weten waar betrouwbaar bewijs is te vinden en hoe deze op betrouwbaarheid kan worden beoordeeld. De praktijk op andere gebieden waar *evidence-based policy* wordt toegepast, laat zien dat dit geen eenvoudige klus is. Ten eerste worden beleidsmakers en voorbereiders geconfronteerd met de vraag waar zij relevante betrouwbare gegevens kunnen vinden. Ten tweede bestaat er geen algemene consensus over wat betrouwbaar bewijs is en hoe de verschillende soorten gegevens al naar gelang hun betrouwbaarheid moeten worden gerangschikt.

Waar te zoeken?

Het begint met het zoeken naar relevante bronnen. Politici en ambtelijke staf die een juridische interventie overwegen, moeten op zoek naar bestaande wetenschappelijke onderzoeksgegevens die licht kunnen laten schijnen over de vraag of de voorgenomen interventie zal werken en wat voor bijkomende effecten zij kan veroorzaken. Ondanks de dominantie van internationale wetenschappelijke tijdschriften in de Engelse taal, zijn voor beleidsvoornemens relevante onderzoeksresultaten veelal gepubliceerd in verschillende landen, in verschillende talen en in verschillende – soms ronduit moeilijk toegankelijke – bronnen. Een jurist – een leek in de gedragswetenschappelijke disciplines – zal in de regel niet verder komen dan een overzicht zoals ik dat in de voorafgaande paragraaf heb gepresenteerd met betrekking tot het co-ouderschap. Maar ook wanneer deskundigen met domeinkennis worden ingeschakeld, is het vinden van relevante bronnen veelal een tijdrovende en kostbare exercitie. Dit probleem wordt binnen de *evidence-based* beweging al geruime tijd onderkend.¹⁰⁵ De oplossing hiervoor zijn *reviews* en *surveys*: overzichten van bestaand wetenschappelijk onderzoek op een bepaald thema. Criminologen hebben al een halve eeuw ervaring met het produceren van brede *surveys* en het identificeren van relevante evaluaties.¹⁰⁶ De beste bronnen zijn zogenoemde systematische *reviews* en meta-analyses. In een systematische *review* wordt door middel van expliciete, transparante, en *state-of-the-art* methoden het relevante onderzoek geïnventariseerd, aan een kritische beoordeling onderworpen en wordt een algemene conclusie geformuleerd.¹⁰⁷ In een meta-analyse wordt op basis van meerdere studies een conclusie op statistische wijze tot stand gebracht. Het

¹⁰⁵ Petrosino et al. 2001, p. 17.

¹⁰⁶ Ibid., p. 19.

¹⁰⁷ Ibid., p. 20.

belang van systematische *reviews* en meta-analyses voor *evidence-based policy* valt moeilijk te overschatten. De eerder genoemde *Cochrane Collaboration* en *Campbell Collaboration* hebben het produceren en publiceren van systematische *reviews* als voornaamste doel.

Op het gebied van het co-ouderschap bijvoorbeeld, is het beeld als volgt. Wat het contact van het kind met de niet-inwonende ouder betreft, bestaat er een aantal *reviews* en meta-analyses, zoals Amato en Rezac (1994), Amato en Gilberth (1999), Dunn (2004), Lamb (2007), die een goed en betrouwbaar overzicht van de stand van zaken geven. Maar met betrekking tot de invloed van de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel op het welzijn van het kind zijn de gegevens minder rijk en de overzichten hebben vooral betrekking op de zelfgeselecteerde groep van ouders die vrijwillig voor het co-ouderschap hebben gekozen. De *ex post* evaluaties die na de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel in Zweden en Australië zijn uitgevoerd, zijn jurisdictie- en contextspecifiek.

De *reviews* die op dit gebied beschikbaar zijn, zijn geen *systematische reviews*. De auteurs van *reviews* op dit gebied zijn grotendeels aangewezen op de voor juristen klassieke 'sneeuwbalmethode' (in relevante publicaties speuren naar verwijzingen naar andere relevante publicaties – wat dus altijd achteruit gaat in de tijd). Bovendien stuiten de *reviews* op de taalbarrière. Bijvoorbeeld: de zeer relevante resultaten van de Zweedse *ex post* evaluatie zijn slechts in het Zweeds volledig gepubliceerd en voor de internationale gemeenschap slechts ontsloten in de vorm van samenvattingen en besprekingen in Engelstalige en Duitstalige artikelen. Zo bezien is het geen wonder dat de Zweedse evaluatie in een enkele *review* is terug te vinden.

Al met al laat de beperkte vindbaarheid van relevante bronnen reeds zien dat het ideaal van *evidence-based* wetgeving een veeleisende exercitie is.

Welk bewijs is relevant?

Na de inventarisatie van beschikbare bronnen komen er vervolgvragen aan de orde. Welke gegevens zijn relevant bij het besluit om over te gaan tot een bepaalde juridische interventie? Zijn alle onderzoeksresultaten even waardevol of bestaat er een gradatie? Er is geen algemene hiërarchie voor wetenschappelijk bewijs die voor alle wetenschapsgebieden toepasselijk is, maar er is wel een zekere consensus over de *golden standard*. De hoogste betrouwbaarheidsgraad wordt toegekend aan *systematische reviews* en meta-analyses gebaseerd op *double-blind randomized control trials* (RCT's) en aan *double-blind randomised control trials* zelf; daarna volgen experimentele onderzoeken met minder strenge randomisatie of zonder controlegroepen, nog lager scoren verschillende observationele studies en aan het onderste eind van het spectrum bevindt zich expertopinie.¹⁰⁸ De ervaring op andere gebieden waar *evidence-based* beleid zijn weerslag heeft gevonden, leert echter dat aan

108 Hadorn et al. 1996, p. 749-754, aangehaald in: H. Davies 2000, p. 48. Criminologen gebruiken als *golden standard* de zogenoemde *Maryland Scientific Methods Scale*. Bijleveld 2013, p. 93-94.

deze hiërarchie per gebied verschillend gewicht wordt toegekend. Een overzicht van toepassingen van de *evidence-based* benadering op verschillende publieke domeinen¹⁰⁹ laat zien dat de beleidsmakers binnen ‘harde’ gebieden, zoals de gezondheidszorg, sterk leunen op kwantitatieve experimentele methodes, en een strenge rangschikking naar de betrouwbaarheid van bewijs hanteren.¹¹⁰ Deze rangschikking is sterk positivistisch beïnvloed en houdt in dat kwalitatieve onderzoeksdata per definitie minder zwaar wegen dan kwantitatieve onderzoeksdata.¹¹¹ In andere, meer ‘zachte’ gebieden van het publieke domein, zoals onderwijs, *criminal justice* en sociale zorg, is de rangschikking minder rigide en is er een aanhoudende discussie over de geoorlooftheid van het gebruik van experimenten, die wordt gevoed door epistemologische, methodologische, ethische en praktische bezwaren.¹¹² In deze gebieden wordt meer gebruikgemaakt van quasi-experimenten en niet-experimentele kwantitatieve dataverzameling zoals observaties en van kwalitatieve onderzoeksdata, die ‘(...) *go beyond, behind and below the surface level of experimental and statistical evidence*’.¹¹³ Naast het problematische van echte RCT’s op dit gebied, is een van de verklaringen hiervoor dat beleidsmakers in deze sectoren veelal niet alleen geïnteresseerd zijn in het antwoord op de vraag *of* de interventie werkt, maar evenzeer in de vraag *hoe* en *waarom* ze werkt. De constatering dat een maatregel niet werkt voor alle personen en onder alle omstandigheden, of dat niet alle onderdelen daarvan even onmisbaar zijn voor het beoogde effect, vereist een contextgebonden aanpak. Ook daarom spelen op deze gebieden gedragstheorieën en kwalitatieve methodes een belangrijke rol naast gegevens uit kwantitatieve studies.¹¹⁴

Kijkend naar de ervaringen opgedaan in andere publieke sectoren dan het juridische domein, rijst het vermoeden dat de beperkingen die gelden voor experimentele methodes in de ‘zachte’ beleidsgebieden zonder meer ook gelden voor het juridische domein. RCT’s komen in het recht zelden voor,¹¹⁵ omdat zij gebaseerd zijn op isolatie en manipulatie van de oorzaakvariabelen. Dat is moeilijk in de sociale werkelijkheid, waar rechtsregels functioneren in een wereld vol met ruis, waardoor de uitkomsten van een experiment slechts beperkte externe validiteit zouden hebben. Zelfs grootschalige veldexperimenten – die wel technisch mogelijk zijn – worden zelden toegepast, omdat zij heel duur zijn en vooral omdat het juridisch en/of ethisch niet verantwoord is om wettelijke interventies in de vorm van een *trial* toe te passen. Kinderen uit gezinnen waar huiselijk geweld is geconstateerd, gaat men niet gerandomiseerd in een co-ouderschapssituatie dan wel in een ander verblijf-

109 Davies et al. 2000, p. 48.

110 Hadorn 1996, aangehaald in: Davies & Nutley 2000.

111 Davies 2000, p. 292.

112 Davies et al. 2000, p. 251-252.

113 Davies 2000, p. 308.

114 Davies et al. 2000, p. 355-356.

115 Voor enkele voorbeelden van het gebruik van RCT’s in het juridisch domein (criminologie) zie: Bijleveld 2013, p. 197.

arrangement plaatsen om te kijken wat het beste voor hen is. RCR's, waarbij deelnemers *at random* worden verdeeld over interventie- en controlegroep,¹¹⁶ zijn slechts denkbaar onder bijzondere omstandigheden, zoals in het kader van voorlichtingscampagnes of wanneer de interventie sowieso (nog) niet populatiebreed kan worden toegepast. De praktijk leert echter dat wanneer op juridisch gebied pilots worden uitgezet, dat op zijn best quasi-experimenten zijn,¹¹⁷ omdat er of geen controlegroep is, of – als deze er wel is – de groepen niet *at random* samengesteld zijn. Een voorbeeld hiervan zijn de experimenten scheidingsbemiddeling en omgangsbemiddeling uitgevoerd in 1999-2001 door het Ministerie van Justitie in vier arrondissementen.¹¹⁸ De interventiegroep werd niet *at random* getrokken, maar kwam tot stand door de keuze van de betrokkenen om aan bemiddeling deel te nemen en later ook door verwijzingen door rechters van de 'voor de bemiddeling geschikte gevallen'.¹¹⁹ Als controlegroep fungeerden de mensen die waren gescheiden zonder gebruikmaking van de bemiddeling, onderzocht in het kader van een ander onderzoek.¹²⁰ Het is evident dat bij een dergelijk researchdesign een selectiebias zal ontstaan. Hoewel echte RCT's in het (familie)recht bijna niet voorkomen, kunnen wetenschappers wel profiteren van de landsbrede 'experimenten' die ontstaan door de invoering van nieuwe wetgeving. De invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel kan als zo'n 'experiment' worden gezien. De ironische consequentie van het niet vooraf betrekken van wetenschappelijke gegevens bij nieuwe wetgeving is dat daarmee de hele bevolking in zeker opzicht tot 'proefkonijn' wordt gemaakt. De evaluatie van dergelijke 'experimenten' kan een schat aan gegevens opleveren die goed kunnen worden gebruikt door andere landen die vergelijkbare maatregelen overwegen. In vergelijking met echte trials hebben zij echter ook belangrijke beperkingen: omdat de wetten landsbreed worden ingevoerd, kunnen alleen historische controlegroepen worden gebruikt, dat wil zeggen controlegroepen bestaande uit gevallen van voor de invoering van de maatregel of controlegroepen uit andere jurisdicties. In beide gevallen is het veel moeilijker om causale relaties tussen interventie en uitkomsten vast te stellen, omdat de resultaten vertroebeld kunnen zijn door andere factoren dan de interventie, zoals factoren die inherent zijn aan de verschillen tussen de periodes (bijv. trends die al bestonden los van de interventie) of tussen de jurisdicties. Een ander probleem is ook dat het vaak te lang duurt om op de uitslag te wachten.

Met betrekking tot het co-ouderschap zijn de gegevens betreffende de invloed van het contact met de niet-inwonende ouder op het welzijn van het kind voornamelijk verkregen door al dan niet longitudinale observationele studies. Op basis daarvan is een aantal meta-

116 Nutley et al. 2000, p. 97.

117 Ibid., p. 97.

118 Zie: Chin-A-Fat & Steketee 2002.

119 Ibid., p. 11, voor de analyse van de verwijzingen door de rechters zie ook, p. 158 e.v.

120 Ibid., p. 41-42.

analyses uitgevoerd, waaronder Amato en Keith (1991), Amato en Gilberth (1999) en Amato (2001). Gegevens over de invloed van het co-ouderschap als prioriteitsmodel zijn verkregen in het kader van de Australische evaluatie van de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel. Deze evaluatie is uitgevoerd door middel een *mixed methods study*. Zij omvatte onder meer een grootschalige longitudinale studie onder 10.000 gescheiden ouders, een analyse van gerechtelijke dossiers van voor en na de wetswijziging, en een aantal kwalitatieve studies.¹²¹

Deze korte uiteenzetting laat zien dat beleidsmakers en -voorbereiders op zoek naar gegevens om hun beleid te staven het ook bij deze tweede stap niet gemakkelijk zullen hebben. Zelf bepalen welk gewicht aan welke data toekomt, valt niet mee en is voor een jurist zonder deskundige bijstand niet goed mogelijk.

Welk bewijs is betrouwbaar?

De potentiële bewijskracht van wetenschappelijke onderzoeksgegevens zegt nog niets over de vraag in hoeverre bepaalde uitkomsten ook daadwerkelijk krachtig bewijs oplevert. Een *randomised controlled trial* kan waardeloos zijn als het niet behoorlijk is opgezet en uitgevoerd. Meta-analyses zijn net zo goed of slecht als de studies waarop ze zijn gebaseerd.¹²² Hoe betrouwbaar een concreet onderzoek is, hangt af van de 'rigor' van de onderzoeksmethoden. Dit kunnen leken zoals juristen en politici moeilijk beoordelen. Zo is bijvoorbeeld de meta-analyse van Amato en Gilberth (1999) een '*rigorous statistical review*' van 63 betrouwbare studies,¹²³ terwijl de meta-analyse van Bauserman (2002)¹²⁴ geen onderscheid maakt tussen co-ouderschap overeengekomen door de ouders zelf en opgelegd door de rechter, en is de analyse voornamelijk gebaseerd op ongepubliceerde studentscripties.¹²⁵ Als jurist kan men vermoeden dat de eerste studie krachtiger bewijs oplevert dan de tweede, maar wat het precies betekent voor de bewijskracht van de tweede is moeilijk te beoordelen.

Naast de vraag naar de betrouwbaarheid van concrete onderzoeksuitkomsten rijst in het kader van een *evidence-based* benadering nog de meer theoretische vraag naar de betrouwbaarheid van onderzoeksresultaten in het algemeen. Deze vraag is een onderdeel van de oude epistemologische discussie over de kenbaarheid van de wereld. Heel kort door de bocht gezegd, wordt deze discussie in onze tijd vooral gevoerd tussen enerzijds de rationalisten of realisten¹²⁶ – erfgenamen van het Verlichtings- of *modernity*-gedachtegoed – die geloven in de (relatieve) kenbaarheid van de wereld, en anderzijds de relativisten – behorende tot verschillende stromingen binnen het postmodernisme – die de kenbaarheid

121 Nutley & Davies 2000, p. 97.

122 Ibid., p. 102.

123 Fehlberg et al. 2011, p. 6.

124 Bauserman 2002, p. 91-102.

125 Fehlberg et al. 2011, p. 6.

126 Voor meer over realist methodologie zie bijv. Pawson 2006, p. 17-37.

van de wereld in meer of mindere mate ontkennen. De hele *evidence-based* benadering is geïnspireerd door de Prometheaanse geest van de Verlichting en het optimistische geloof in vooruitgang, gedreven door wetenschappelijke kennis.¹²⁷ De *evidence-based* benadering kan worden gezien als een onderdeel van wat Lyotard ooit het *modernity*-project heeft genoemd.¹²⁸ Dit 'project' wordt getypeerd door instrumentalisme, het geloof in universeel geldende waarden en de mogelijkheid om de waarheid te vinden. In deze benadering worden onderzoeksgegevens gezien als objectief, politiek en ideologieneutraal, (relatief) betrouwbaar, en kunnen zij derhalve een solide basis voor beleid vormen.¹²⁹ Aan de andere kant staan de postmoderne denkers met hun epistemologische scepticisme en wantrouwen in de menselijke cognitie.¹³⁰ De sterkste vorm van relativisme – door Karl Popper 'framework relativism' genoemd – suggereert dat objectieve kennis niet bestaat, want de waarheid is afhankelijk van iemands intellectuele achtergrond – zijn *framework* – en kan verschillen tussen het ene *framework* en het andere.¹³¹ In deze benadering is de kennis van de sociale wereld sociaal geconstrueerd en historisch en cultuurgebonden.¹³² Derhalve kan wetenschappelijk kennis geen objectiviteitpretenties hebben, maar is zij waardenafhankelijk. Het is niet verbazend dat de *evidence-based* benadering door de relativisten hevig is bekritiseerd voor haar 'over-commitment to the positivist scientific paradigm of inquiry',¹³³ en haar grote vertrouwen in 'harde' kwantitatieve methodes waarbij de harde kwantitatieve data '[...] can be measured with precision and analysed with powerful mathematical and statistical tools'.¹³⁴ Deze methodes veronderstellen de mogelijkheid van het verkrijgen van een objectieve *non-negotiable* waarheid, die in alle waardesystemen stand kan houden.

In deze bijdrage zou deze discussie wellicht als een zuiver theoretische kunnen worden overgeslagen, als het niet zo was dat de relativisten zonder twijfel een punt hebben wat betreft de vraag 'whose values would dominate in evaluation',¹³⁵ op die gebieden van het familierecht – zoals het co-ouderschap – waar de zogenoemde 'gender wars' worden uitgevochten. Als men nauwkeurig kijkt naar alle voor het co-ouderschap relevante bronnen, wordt soms duidelijk dat de presentatie en interpretatie van onderzoeksresultaten is vertekend door het 'framework' van de onderzoeker, met name van de vraag of hij of zij behoort tot het 'pro moeder'- of het 'pro vader'-kamp. In het voorafgaande heb ik mij beperkt tot

127 Zie: Sanderson 2002, p. 2.

128 Lyotard 1987, p. 61.

129 Zie: Sanderson 2002, p. 6.

130 Nowak 1997, p. 128.

131 Framework relativism wordt door Karl Popper gedefinieerd als 'the doctrine that truth is relative to our intellectual background, which is supposed to determine somehow the framework within which we are able to think: that truth may change from one framework to another'. Popper 1994, p. 33.

132 Guba & Lincoln 1989, p. 36.

133 Ibid., p. 35.

134 Ibid., p. 35-38.

135 Ibid., p. 37.

klassieke, door de wetenschappelijke *peers* als betrouwbaar beschouwde studies. Naast deze studies bestaan echter tal van studies waarvan de resultaten mede samenhangen met de overtuigingen van de auteurs. Iedere lezer die zich wil begeven op het ideologiegevoelige terrein van de invloed van het contact tussen het kind en de niet-inwonende ouder en de invloed van verblijfsarrangementen op het welzijn van het kind, wordt gewaarschuwd dat de literatuur ‘*hard to navigate*’ is,¹³⁶ en wordt gemaand om met voorzichtigheid te werk te gaan.¹³⁷ Deskundigen menen dat de betreffende studies enorm in kwaliteit verschillen en onder een reeks van methodologische problemen gebukt gaan.¹³⁸ De door verschillende deskundigen vermelde problemen zijn door Gilmore in zijn *review* samengevat. De researchdesigns zijn opmerkelijk heterogeen en verschillen in tijdsduur, omvang en rekrutering van *samples*, *sampling* criteria (bijv. definitie van ‘contact’ en ‘co-ouderschap’), bron van gegevens, methode van dataverzameling, aanwezigheid of afwezigheid van controlegroep en *rigor* van de data-analyse.¹³⁹ Sommige onderzoeken zijn gebouwd op smalle niet-representatieve *samples*, terwijl de resultaten naar de hele bevolking worden geëxtrapoleerd. Andere studies meten het welzijn van het kind enkel aan de hand van de opvatting van de ouders (soms alleen de moeder of alleen de vader) zonder de kinderen zelf te interviewen of gestandaardiseerde vragenlijsten te gebruiken voor het meten van de uitkomsten.¹⁴⁰

Een jurist die betrouwbare gegevens zoekt, moet zich echter niet later intimideren door deze wirwar van onderzoeksresultaten. Met alle respect voor de terechte waarschuwingen van de relativisten voor het blinde vertrouwen in de waardenneutraliteit van onderzoeksresultaten, kan er in wezen geen sprake zijn van ‘pro vader’- of ‘pro moeder’-onderzoeken, maar slechts van het verschil tussen kwalitatief goede en kwalitatief slechte onderzoeken. Beneden een bepaald kwaliteitsniveau is het onderzoek gewoon waardeloos. Dat is geen kwestie van ideologie van de onderzoekers, maar gewoon van methodologie van het onderzoek. Zolang het wetenschappelijk debat binnen het eigen gedragswetenschappelijke vakgebied wordt gevoerd, zijn de gevolgen van kwaliteitsverschillen beperkt, omdat de *peers* de betrouwbaarheid van het onderzoek kunnen beoordelen. In het kader van de *evidence-based* toepassing kunnen kwaliteitsverschillen echter grote gevolgen hebben, omdat de uitkomsten worden gebruikt door gedragswetenschappelijke leken – politici en juristen – die deze niet op betrouwbaarheid kunnen beoordelen. Daardoor dreigt het gevaar dat de schijnbaar ‘tegenstrijdige’ wetenschappelijke gegevens door rivaliserende lobbygroe-

136 McIntosh 2009, p. 392.

137 Trinder 2010, p. 475-498; Fehlberg et al. 2011, p. 7.

138 Zie bijv.: Amato 2001, p. 356-357; Dunn 2004, p. 668, Gilmore 2006, p. 343.

139 Gilmore 2006, p. 346.

140 Gilmore 2006, p. 346.

pen als wapen in de politieke strijd worden gebruikt.¹⁴¹ Dat kan vermoedelijk verklaren waarom in het Belgische debat rond de invoering van het co-ouderschap werd opgemerkt dat het co-ouderschap onder wetenschappers als ‘controversieel’ werd beschouwd. Ook in Canada, waar de invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel werd overwogen en op basis van wetenschappelijke data afgewezen, werd geklaagd dat het hele debat in de sfeer werd getrokken van ‘*the gender wars*’,¹⁴² waarbij voor- en tegenstanders met onderzoeksgegevens schermde. De enige remedie hiertegen is het inschakelen van integere, onpartijdige experts en de identificatie en prioritering van betrouwbare *reviews*.

6 DE ROL VAN EVIDENCE IN HET WETGEVINGSPROCES

De oorspronkelijke premisse van de *evidence-based policy* beweging was dat het proces van beleidsvoorbereiding kan worden gezien als een zuiver rationele exercitie ‘(...) *a purposive course of action in pursuit of objectives based upon careful assessment of alternative ways of achieving such objectives and effective implementation of the selected course of action*’.¹⁴³ Dit beeld werd echter – onder andere onder invloed van de kritiek uit relativistische hoek – flink bijgesteld, zodat ook rekening wordt gehouden met andere factoren dan empirisch bewijs die het beleidsvoorbereidingsproces beïnvloeden, zoals ideologie, vooroordelen, inertie, gezond-verstandredeneringen, de weg van de minste weerstand, lobby’s, partijpolitiek, kostenoverwegingen, enzovoort. In overeenstemming hiermee zijn modellen ontwikkeld van de relatie tussen *evidence* en beleid die verschillen van het rechttoe rechtaan *knowledge-driven* model, waarin het beleid rechtstreeks van een wetenschappelijk advies wordt afgeleid. Een van die modellen is het zogenoemde *enlightenment* model waarbij wetenschappelijke gegevens slechts door politici worden gebruikt voor de verbreding van hun perspectief.¹⁴⁴ De relatie tussen *evidence* en beleid was destijds mooi verwoord door Campbell, die schreef dat de opdracht van de experimentele beleidsmethodoloog niet is om te zeggen wat gedaan moet worden, maar om te zeggen wat gedaan was en wat voor verschil het uitmaakt voor het bereiken van de doelen die worden bepaald in een open politiek debat.¹⁴⁵

Net als de andere terreinen waarop *evidence-based policy* wordt toegepast,¹⁴⁶ is het wetgevingsproces een complexe exercitie waar meerdere concurrerende of elkaar versterkende factoren van belang zijn. Een extra complicerende factor is dat de doelstellingen van de wetgever vaak divers zijn en niet zelden concurrerend, en het besluitvormend

141 Davies et al. 2000, p. 35.

142 Rhoades & Boyd 2004, p. 126.

143 Sanderson 2002, p. 5.

144 Davies 2000, p. 30.

145 Dunn 1997, p. 25.

146 Davies et al. 2000, p. 356.

proces vaak draait om het vinden van een compromis. De invoering van het co-ouderschap als prioriteitsmodel is een goed voorbeeld daarvan. Achter de doelstelling van de wetgevers om de feitelijke gelijkheid van gescheiden moeders en vaders te bevorderen, gaan twee met elkaar conflicterende belangen schuil: het belang van de moeder om een ongestoorde relatie met het kind te hebben en het belang van de vader om evenveel contact met het kind te onderhouden als de moeder. In het kader van dit debat wordt het belang van het kind strategisch gebruikt door zowel het 'pro moeder'- als 'pro vader'-kamp, die beide claimen dat dit belang met hun respectievelijke belangen samenvalt. De rol van wetenschappelijke gegevens in deze complexe setting is lang niet zo groot als het *knowledge-driven* model veronderstelt. Het vinden van een juiste balans tussen concurrerende belangen is de taak van de politiek en niet van de wetenschap. De rol van de wetenschap is om de politiek in te lichten over wat bekend is over de stand van zaken en de empirische gevolgen van diverse beleidsopties, zodat belangenafwegingen op basis van de juiste informatie en met open ogen kunnen worden gemaakt. Vanuit dit perspectief valt de wetgevers van Zweden, België en Nederland dus wel in zekere zin te verwijten dat zij niet de moeite hebben genomen om de voor deze hervorming doorslaggevende veronderstelling, namelijk dat zo veel mogelijk contact met beide ouders (behoudens uitzonderlijke omstandigheden) in het belang van het kind is, aan de hand van wetenschappelijke gegevens te (laten) toetsen. En de Belgische en Nederlandse wetgevers kan zo gezien worden verweten dat zij in het diepe zijn gesprongen zonder raadpleging van de evaluaties van soortgelijke maatregelen in andere landen (i.c. de koploper Zweden). Maar de Australische wetgever, die een goed onderbouwd wetenschappelijk advies heeft ingewonnen en vervolgens, op basis van een ideologiegekleurde belangenafweging, dat advies niet heeft opgevolgd, kan een dergelijk verwijt niet worden gemaakt.

Op het moment dat na een lange en moeizame zoektocht eindelijk betrouwbare wetenschappelijke gegevens op tafel liggen, is het aan de wetgever is om te beslissen wat hij daarmee doet, want de politici en niet de wetenschap hebben het laatste woord in het wetgevende proces. De wetgever is dus geenszins gehouden om wetenschappelijke adviezen te volgen. Hooguit zou men kunnen zeggen dat, wanneer de wetgever een duidelijk advies niet volgt, hij, net als de rechter die een deskundigenrapport niet volgt, gehouden is om uitvoerder te motiveren waarom hij dat niet doet, dan wanneer hij dat wel doet.

7 CONCLUSIE: WELKE STAPPEN MOETEN WORDEN ONDERNOMEN OM EVIDENCE-BASED WETGEVING OP HET GEBIED VAN FAMILIERECHT TE FACILITEREN?

Er is veel geschreven over hoe *evidence-based policy* in het algemeen kan worden bevorderd.¹⁴⁷ Op veel terreinen wordt het succes van deze exercitie afhankelijk geacht van een mentaliteitsverandering bij beleidsmakers, die meer ontvankelijk zouden moeten worden voor de invloed van de wetenschappelijke gegevens. Wat *evidence-based* wetgeving betreft, is deze bereidheid in Nederland – althans in woorden – alom aanwezig. In het familierecht valt waar te nemen dat de directie wetgeving maar ook Kamerleden die initiatiefwetsvoorstellen voorbereiden, steeds vaker gebruikmaken van de resultaten van empirisch wetenschappelijk onderzoek, al gebeurt dat nog steeds in beperkte mate. Ook vragen Kamerleden de regering te pas en te onpas om een wetenschappelijk onderzoek. Wetgeving op het terrein van familierecht worden bijna standaard *ex post* geëvalueerd. Zo bezien valt over de mentaliteit van de wetgever niet te klagen.

Een tweede voorwaarde voor succes voor *evidence-based policy* is de beschikbaarheid van goede wetenschappelijke gegevens.¹⁴⁸ Hier valt nog veel te winnen. Op het gebied van het familierecht, dat in dit opzicht nauwelijks verschilt van andere rechtsgebieden – met uitzondering van het strafrecht – kan een schrijnend gebrek aan toegankelijke en betrouwbare wetenschappelijke kennis worden geconstateerd. Het voorbeeld van co-ouderschap laat zien waar het probleem ligt. Bij vragen zoals ‘is er correlatie tussen de hoeveelheid contact van het kind met de niet-inwonende ouder en de uitkomsten van het kind’, bestaan er wel gegevens, maar hun vindbaarheid en betrouwbaarheid laat veel te wensen over. Het grootste probleem is het ontbreken van systematische reviews zoals die worden uitgevoerd door gerenommeerde samenwerkingverbanden als de *Campbell* en *Cochrane Collaborations*, en van volledige databases die alle relevante onderzoeken bevatten. De onderzoeker die gaat zoeken naar evaluaties van familierechtelijke interventies in andere landen is nu in essentie aangewezen op de sneeuwbalmethode en stuit onvermijdelijk op de taalbarrière. Om *evidence-based* wetgeving op het terrein van familierecht tot een echt succes te maken is het dus van vitaal belang om netwerken te vormen die zo veel mogelijk *ex ante* en *ex post* wetevaluaties uit verschillende landen en ander relevant onderzoek, op betrouwbaarheid toetsen en in een toegankelijke taal reviewen. De *Campbell* en *Cochrane Collaborations* kunnen daarvoor als voorbeeld dienen. Het opzetten van dergelijke samenwerkingsverbanden vereist een combinatie van de rechtsvergelijkende kennis van (het familierecht in) de betrokken jurisdicties en domeinkennis op het wetenschapsgebied waarin de effecten van

147 Zie bijv. Davies et al. 2000, p. 351-362.

148 Ibid., p. 361-362.

de interventies worden gemeten. Deze combinatie van kennis – hetzij verenigd in personen geschoold in meerdere disciplines, hetzij bereikt door samenwerking tussen onderzoekers uit verschillende disciplines – begint in de laatste decennia in de Angelsaksische wereld van de grond te komen. In andere landen staat het multidisciplinaire (juridisch-gedragswetenschappelijke) onderzoek op het gebied van familie en recht¹⁴⁹ nog in de kinderschoenen, en overstijgt nauwelijks het niveau van amateurisme. Een internationaal netwerk ter bevordering van *evidence-based* wetgeving zou de ontwikkeling van juridisch-gedragswetenschappelijk onderzoek een belangrijke impuls kunnen geven.

LITERATUUR

Arbarbanel 1979

A. Abarbanel, 'Shared Parenting After Separation and Divorce: A Study of Joint Custody', 49 *American Journal of Orthopsychiatry*, 1979.

Amato & Rezac 1994

P. Amato & S. Rezac, 'Contact with Nonresident Parents, Interparental Contact and Children's Behaviour', 15 *Journal of Family Issues*, 1994.

Amato & Gilberth 1999

P. Amato & J. Gilberth, 'Nonresident fathers and children's well-being: A meta-analysis', 61 *Journal of Marriage and the Family*, 1999.

Amato 2001

P. Amato, 'Children in Divorce in the 1990s, An Update of the Amato Keith (1991) Meta-Analysis', 15 *Journal of Family Psychology*, 2001.

Amato 2006

P. Amato, 'Marital Discord, Divorce, and Children's Well-Being. Results from 20-Years Longitudinal Study of Two Generations', in: A. Clarke-Stewart & J. Dunn (eds.), *Families Count. Effects on Child and Adolescent Development*, Cambridge: Cambridge Univ. Press 2006.

149 De meest recente initiatieven ter bevordering van dergelijk onderzoek in Nederland zijn: het van start gaan van de multidisciplinaire boekenreeks *Familie & Recht* in 2010 (www.bju.nl/juridisch/reeksen/nlg-familie-recht) en de oprichting van het Nederlands-Belgische dubbelblind peer-reviewed Open Access platform *Familie & Recht* in september 2012.

Antokolskaia 2006

M.V. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Antokolskaia 2010

M.V. Antokolskaia, 'Salomo's oordeel nieuwe stijl: verblijfsco-ouderschap in België en Nederland', 3 *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2010.

Antokolskaia 2011

M.V. Antokolskaia, 'Verblijfsco-ouderschap in Nederland: eindelijk duidelijkheid!', *Justitiële verkenningen* 2011.

Baumrind 1968

B. Baumrind, 'Authoritarian vs. authoritative parental control', 3 *Adolescence*, 1968.

Bauserman 2002

R. Bauserman, 'Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review', 16 *Journal of Family Psychology*, 2002.

Bijleveld 2013

C.C.J.H. Bijleveld, *Research methodology for international criminology*, te verschijnen in 2013.

Boyd 2003

S. Boyd, 'Walking the Line: Canada's Response to Child Custody Law Reform Discourses', 21 *Canadian Family Law Quarterly*, 2003.

Bronselaer et al. 2007

J. Bronselaer, V. Carrette & C. Van Peer, 'Kind in een scheidingssituatie, tweemaal kind van de rekening?', 3 *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 2007.

Buehler et al. 1997

C. Buehler, C. Anthony, A. Krishnakumar, G. Stone, J. Gerard, S. Pemberton, 'Interparental conflict and youth problem behaviour: A meta-analysis', 6 *Journal of Child and Family Studies*, 6, 1997.

Campbell 1969

D.T. Campbell, 'Reforms as experiments', 24 *American Psychologist*, 1969.

Cashmore et al. 2008

J. Cashmore, P. Parkinson & A. Taylor, 'Nonresident Parents After Divorce Overnight Stays and Children's Relationships with Resident and Nonresident Parents after Divorce', 29 *Journal of Family Issues* 2008, <http://jfi.sagepub.com/content/29/6/707>.

Chin-A-Fat & Steketee 2002

B.E.S. Chin-A-Fat & M.J. Steketee, *Bemiddeling in uitvoering. Evaluatie experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling*, 2^{de} druk, Utrecht: Verwey-Jonker 2002.

Davies 2000

P. Davies, 'Contribution from qualitative research', in: H. Davies et. al. (eds.), *What Works? Evidence-based policy and practice in public services*, Portland, Or.: The Policy Press 2000

Davies et al. 2000

H. Davies et. al. (eds.), *What Works? Evidence-based policy and practice in public services*, Portland, Or.: The Policy Press 2000, reprinted 2001, 2004, 2007, 2009.

Davies et al. 2000

H. Davies, S. Nutley, P. Smith, 'Learning from the past, prospects for the future', in: H. Davies et. al. (eds.), *What Works? Evidence-based policy and practice in public services*, Portland, Or.: The Policy Press 2000

Davies et al. 2000

H. Davies, S. Nutley & N. Tilley, 'Debates on role of experimentation', in: H. Davies et. al. (eds.), *What Works? Evidence-based policy and practice in public services*, Portland, Or.: The Policy Press 2000

Dewar 2010

J. Dewar, 'Can the Centre Hold? Reflections on Two Decades of Family Law Reform in Australia', 22 *Child and Family Law Quarterly* 4, 2010.

Donaldson 2009

S.I. Donaldson, 'In search of the blueprint for an evidence based global society', in: S.I. Donaldson, C.A. Christie & M.M. Mark (eds.), *What counts as credible evidence in applied research and contemporary evaluation practice?*, Sage Publications 2009.

Donaldson et al. 2009

S.I. Donaldson, C.A. Christie & M.M. Mark (eds.), *What counts as credible evidence in applied research and contemporary evaluation practice?*, Sage Publications 2009.

Dunn 1997

W.N. Dunn, 'Campbell's Experimenting Society: Prospect and Retrospect', in: W.N. Dunn (ed.), *The Experimenting Society Essays in Honor of Donald T. Campbell*, Policy Studies Review Annual, New Brunswick: Transaction Publishers 1997.

Dunn 2004

J. Dunn, 'Children's relationships with their nonresident fathers', 45 *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2004.

Dunn et al. 2004

J. Dunn, H. Cheng, T. O'Connor & L. Bridge, 'Children's Perspectives on Their Relationships with Their Nonresident Fathers: Influences, Outcomes and Implications', 45 *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2004.

Fehlberg et al. 2011

B. Fehlberg, B. Smyth, with M. Maclean & C. Roberts, 'Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children?', *Family Briefing Paper* 7, Oxford: Department of Social Science and Intervention, University of Oxford, May 2011. www.nuffieldfoundation.org/sites/default/files/files/Would%20legislation%20for%20shared%20parenting%20time%20help%20children%29OXLAP%20FPB%207.pdf.

Gilmore 2006

G. Gilmore, 'Contact, Shared Residence and Child Well-Being: Research Evidence and its Implications for Legal Decision-Making', 20 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2006.

Guba & Lincoln 1996

E. Guba & Y. Lincoln, *Fourth generation evaluation*, Newbury Park: Sage 1989.

Hadorn 1996

D.C. Hadorn et al., 'Rating the quality of evidence for clinical practice guidelines', 49 *Journal of Clinical Epidemiology*, 1996.

Harris & George 2010

P. Harris & R. George, 'Parental responsibility and shared residence orders: parliamentary intentions and judicial interpretations', 2 *Child and Family Law Quarterly*, 2010.

Keynes 1971

Keynes, *The collected writing of John Maynard Keynes*, vol. xxi, London: Macmillan/New York: St. Martin's Press for the Royal Economic Society 1971.

Kok 2006

J. Kok, 'Gelijkwaardig ouderschap, een nieuwe norm in het scheidingsrecht', in: M. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht*, Amsterdam: SWP 2006.

Lamb 2007

M. Lamb, *Understanding fatherhood: A review of recent research*, York: Joseph Rowntree Foundation 2007.

Leeuw 2011

F.L. Leeuw, 'Can Legal Research Benefit From Evaluation Studies', 7 *Utrecht Law Review* 1, 2011, p. 52-65, www.utrechtlawrevie.org.

Leupnitz 1991

D. Leupnitz, 'A Comparison of Maternal, Parental and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life', in: J. Folberg (ed.), *Joint Custody and Shared Parenting*, 2nd ed., New York: Leeuw 1991.

Lye 1999

D. Lye, *The Washington State Parenting Plan Study: Report to the Washington State Gender and Justice*, 1999.

Lyotard 1987

J-F. Lyotard, *Het postmoderne uitgelegd aan onze kinderen*, vertaald door C. Janssen, Kampen: Kok Agora 1987.

McIntosh 2009

J. McIntosh, 'Legislating for shared parenting: Exploring some underlying assumptions', 47 *Family Court Review* 3, 2009.

Nowak 1997

L. Nowak, 'On Postmodernist Philosophy: an Attempt to Identify Its Historical Sense', in: S-E. Liedman (ed.), *The Postmodernist Critique of the Project of Enlightenment*, Amsterdam: Rodopi 1997.

Nutley & Davies 2006

S. Nutley & H. Davies, 'Criminal Justice', in: H. Davies et. al. (eds.) *What Works? Evidence-based policy and practice in public services*, Portland, Or.: The Policy Press 2000.

Pawson 2006

R. Pawson, *Evidence-based Policy. A Realist Perspective*, London: Sage 2006.

Petrosino et al. 1994

A. Petrosino et al., 'Meeting the Challenges of Evidence-Based Policy: The Campbell Collaboration', *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 2001, 558: 14 DOI: 10.1177/000271620157800102, <http://ann.sagepub.com/content/578/1/14>.

Popper 1994

K. Popper, *The Myth of the Framework. In Defence of Science and Rationality*, London: Routledge 1994.

Rhoades & Boyd 2004

H. Rhoades & S. Boyd, 'Reforming Custody Laws: A Comparative Study', *18 International Journal of Law, Policy and the Family*, 2004.

Rovers 2012

R. Rovers, 'De bijrol voor professionals in evidence-based criminaliteitspreventie', *38 Juridische verkenningen* 4, 2012.

Saldeen 2008

A. Saldeen, 'Paternity and Custody', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol: Jordan Publishing 2008.

Sanderson 2000

I. Sanderson, 'Evaluation, Policy Learning and Evidence-Based Policy Making', *80-1 Public Administration*, 2000.

Schrama 2012

W. Schrama, 'Empirisch onderzoek in de familiewetenschap', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilology: Opstellen over empirie en recht*, Den Haag: Boom 2012.

Shajnfeld & Krueger 2006

A. Shajnfeld & R.B. Krueger, 'Reforming (purportedly) Non-Punitive Responses to Sexual Offending', 25 *Developments In Mental Health Law* 81, 2006, p. 81-99, Westlaw 25 DMHL 81.

Singer 2009

A. Singer, 'Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents', K. Boele-Woelki (ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp: Intersentia 2009.

Smart 2004

C. Smart, 'Equal Shares: Rights for Fathers or Recognition for Children', 24 *Critical Social Policy*, 2004.

Smart et al. 2004

C. Smart, V. May, A. Wade & C. Furness, *Residence and Contact Disputes in Court*, Volume 1. Research Series No. 6/03, London: Department for Constitutional Affairs 2003.

Smyth 2009

B. Smyth, 'A five-year retrospective of post-separation shared care research in Australia', 15 *Journal of Family Studies*, 2009.

Spruijt et al. 2003

E. Spruijt et al., *Het Verdeelde Kind. Literatuuronderzoek Omgang na Scheiding*, Utrecht: University of Utrecht 2003, www.kinderbescherming.nl.

Spruijt 2007

E. Spruijt, *Scheidingskinderen*, Amsterdam: SWP 2007.

Trinder et al. 2002

L. Trinder, M. Beek & J. Connolly, 'Making Contact: How Parents and Children Negotiate and Experience Contact after Divorce', York: Joseph Rowntree Foundation 2002.

Trinder 2010

L. Trinder, 'Shared Residence: A Review of Recent Research Evidence', 22 *Child and Family Law Quarterly* 4, 2010.

Whiteside & Becker 2000

M.F. Whiteside & B.J. Becker, 'Parental Factors and the Young Child's Postdivorce Adjustment: A Meta-Analysis With Implications for Parenting Arrangements', 14 *Journal of Family Psychology*, 2000.

8 GEDRAGSPRESUMPTIES IN HET RELATIERECHT

W.M. Schrama

SAMENVATTING

Het doel van deze bijdrage is te laten zien dat gedragspresumpties bij de inrichting en toepassing van het relatierecht een cruciale rol spelen. Zowel in wetgeving als in wetenschap en rechtspraak worden gedragspresumpties en mensbeelden vaak niet onderbouwd, maar lijken ze als vanzelfsprekend aangemerkt te worden. Tegelijk blijkt dat binnen de verschillende regelingen in het relatierecht geen consequente ideeën over het gedrag van partners worden gebruikt. Mede om die reden is van belang dat gedragspresumpties niet als een voorgegeven idee worden beschouwd, maar dat wordt geprobeerd om die aan de hand van een evidence-based benadering te toetsen. Het gaat daarbij om kennis uit de sociale wetenschappen en de economie over de keuzes die partners maken. Ook de empirische vraag in hoeverre gedrag binnen relaties resulteert in een zwakke partner en welke nevengevolgen van wetgeving mogelijk verwacht kunnen worden, zijn gebaat bij een interdisciplinaire benadering. Samenwerking in een op te richten multidisciplinair centrum voor familiewetenschappen zou hier substantieel aan kunnen bijdragen.

1 INLEIDING

Het doel van deze bijdrage is in de eerste plaats om te laten zien dat gedragspresumpties over partners in relaties een belangrijke rol spelen bij de inrichting en de toepassing van het relatierecht. Aan de hand van wettelijke bepalingen, rechterlijke uitspraken en opvattingen in de literatuur wordt onderzocht welke gedragspresumpties (impliciet) ten grondslag liggen aan het relatierecht en in hoeverre er een verband bestaat tussen de ideeën over het gedrag van partners en de inhoud van de regeling, uitspraak of opvatting in de literatuur. In de tweede plaats wordt aan de hand daarvan beoogd om het belang van een goede onderbouwing van gedragspresumpties te illustreren. De achterliggende gedachte is dat van belang is dat inzicht bestaat in de maatschappelijke realiteit waarin het relatierecht functioneert en dat kennis over het gedrag van partners essentieel is. Met deze kennis is het mogelijk om de gedragspresumpties in het bestaande relatierecht te toetsen op empirische houdbaarheid en kan vooraf beter worden ingeschat welke effecten, gewenst en

ongewenst, een verandering in het recht (wet, rechtspraak, bepaalde gang van zaken in de praktijk) kan hebben.¹

In deze bijdrage staat het relatierecht centraal.² Dat is het terrein binnen het familierecht waarop rechtsgevolgen aan het bestaan van een relatie verbonden zijn in de verhouding tussen de (ex-)partners onderling of met derden. Het relatierecht ziet op formele relaties als huwelijk en geregistreerd partnerschap, maar ook op informele samenwonenrelaties. De keuze voor dit rechtsgebied is ingegeven door de grote veranderingen die op dit terrein hebben plaatsgevonden. Waar zestig jaar geleden het monogame huwelijk met de man als hoofd van de echtvereniging het door de wet geregelde type huwelijk was, is dat beeld sindsdien sterk veranderd.³ Grote maatschappelijke veranderingen spelen daarbij een belangrijke rol, die hun invloed hebben op het gedrag van mensen. Zo is seks los komen te staan van het huwelijk, zijn steeds meer mensen ongehuwd gaan samenleven, zijn we anders gaan denken over paren van gelijk geslacht en zijn de arbeidsparticipatie van vrouwen en de welvaart sterk toegenomen. Juist door die grote veranderingen bestaat het risico dat het relatierecht niet voldoende is mee ontwikkeld en rijst de vraag of de gedragspresumpties voldoende zijn aangepast aan de werkelijkheid. Het voorgaande leidt er dus toe dat het relatierecht een interessant onderzoeksterrein is, al moet opgemerkt worden dat dit ook voor andere onderwerpen binnen het familierecht geldt.

Er wordt een selectie van twee onderwerpen op het terrein van het relatierecht gemaakt. Het eerste gebied is het alimentatierecht tussen ex-partners (echtgenoten of geregistreerde partners). Het alimentatierecht is niet alleen een onderwerp waar veronderstellingen over gedrag tot zeer uiteenlopende keuzes kunnen leiden, maar ook een rechtsgebied dat volop in de maatschappelijke belangstelling staat (zie hierna par. 4). Daarnaast wordt het relatievermogensrecht op een aantal punten nader onder de loep genomen, omdat recent ook veel aandacht van de wetgever naar dat terrein is uitgegaan.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Eerst wordt in paragraaf 2 aandacht besteed aan het begrip gedragspresumptie zoals dat in deze bijdrage wordt gehanteerd. In paragraaf 3 wordt aan de hand van de partijautonomie en het beschermingsbeginsel onderzocht op welke ideeën over gedrag het relatierecht gebaseerd is. In paragraaf 4 worden hiervan voorbeelden gegeven voor het partneralimentatierecht en het relatievermogensrecht. Het doel is niet om een uitputtende inventarisatie te maken, maar op een aantal belangrijke onderwerpen over partneralimentatie en relatievermogensrecht die in de belangstelling

1 Over het belang van empirische onderzoeksmethoden voor rechtswetenschappelijk onderzoek bijv. Genn e.a. 2006; Van Gestel 2009; Nielsen 2010; Schrama 2012a.

2 De argumentatie in deze bijdrage heeft op meer onderwerpen binnen het familierecht betrekking, maar de uitwerking daarvan gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

3 Over de ontwikkeling van het familierecht: Antokolskaia 2006; Asser-De Boer 2010; Schrama 2012c.

staan, na te gaan welke gedragspresumpties worden gehanteerd. Vervolgens wordt nagegaan welke rol deze gedragspresumpties spelen voor de inrichting c.q. toepassing van het recht. Met andere woorden: maakt het uit wat de veronderstelling is voor het recht? In paragraaf 5 wordt de vraag beantwoord of de bestaande percepties over gedrag in relaties die aan het relatierecht ten grondslag liggen, onderbouwd zijn (of juist niet) met empirische gegevens uit andere disciplines en wordt aan de hand van partneralimentatie en relatierecht gedemonstreerd welke kennis in dit verband van betekenis kan zijn. Tot slot volgen in paragraaf 6 de conclusies.

2 GEDRAGSPRESUMPTIES

Voor een goed begrip volgt hier eerst een omschrijving van het gebruikte begrip gedragspresumptie. Een gedragspresumptie is in deze bijdrage niet hetzelfde als het gedrag van mensen, maar een normatieve veronderstelling in het juridisch systeem over het gedrag van mensen. In het geval van het relatierecht gaat het dus om een veronderstelling over het gedrag van mensen die tot elkaar staan in een affectieve relatie; het veronderstelde gedrag is rechtens relevant en heeft juridische implicaties. Gelet op het feit dat het rechtssysteem algemene regels geeft die van toepassing zijn op alle gevallen die onder die regel vallen, zijn gedragspresumpties in het relatierecht gebaseerd op het veronderstelde gedrag van een gemiddelde partner in een gemiddelde relatie. Door vermoedens te formuleren over het gedrag en de intenties van mensen kan het recht er gevolgen aan verbinden zonder dat in ieder individueel geval getoetst hoeft te worden of die mensen wel dit gedrag of die intentie hebben. Het is niet nodig dat het recht altijd overeenstemt met de werkelijkheid; voldoende is dat dit doorgaans het geval is. Dit leidt ertoe dat ook als de omstandigheden in een concreet geval afwijken van de hoofdregel, de rechtsregel er toch van uitgaat en mag gaan dat aan de gedragspresumptie is voldaan.⁴ Een voorbeeld van een gedragsveronderstelling die impliciet besloten ligt in het privaatrecht is dat rechtssubjecten er doorgaans naar streven hun eigen economische belangen na te streven.⁵ Een veronderstelling uit het relatierecht is dat echtgenoten financieel solidair zijn.

Hoe mensen verondersteld worden zich te gedragen, is dus direct van invloed op (de inrichting van) het rechtssysteem. Wat de wetgever denkt over het gedrag van mensen is dus van groot belang. Dat geldt ook voor wetenschappers die de vraag beantwoorden of het geldende recht naar behoren functioneert en evenzeer voor rechters die soms aannames moeten doen over ‘gemiddeld’ gedrag. In dat geval bepaalt de perceptie van het gedrag

4 Schrama 2004, p. 263 e.v. en p. 541 e.v. Vgl. Van Mourik & Verstappen 2006, p. 25 ten aanzien van het ‘mainstream huwelijk’ en het huwelijk van Jan en Marie Modaal.

5 Vgl. de bijdrage van Van Raaij in deze bundel. Vgl. voor het familierecht de bijdrage van Antokolskaia in deze bundel.

van mensen mede hoe de wetenschapper het systeem evalueert of welke beslissing de rechter neemt.

Juist omdat er een direct verband is tussen gedragsveronderstelling en de inrichting en toepassing van het recht, is het van belang dat die veronderstelling over het geheel genomen niet te ver van de werkelijkheid af ligt. Dat een gedragspresumptie in bepaalde gevallen niet overeenstemt met het gedrag van mensen hoeft de effectiviteit en legitimiteit van de regel niet aan te tasten. Immers, er zijn altijd gevallen waar de feiten anders liggen. Het wordt echter een ander verhaal als het structureel niet klopt. Het is verleidelijk en gebeurt ook met grote regelmaat om vanuit een ‘Einzelfall’ aan te tonen dat een regel met de daarin besloten liggende presumptie niet klopt, maar de vraag is of de presumptie vaak genoeg klopt. Als uit empirisch onderzoek bijvoorbeeld zou blijken dat een deel van de partners in informele relaties niet financieel solidair wil zijn tijdens en na de relatie, dan rijst de vraag wanneer de afwijking zo groot is, dat de norm moet worden aangepast. Uit een *Sein* kan geen *Sollen* worden afgeleid en andersom ook niet, maar om de doelen van de betreffende rechtsregel te bereiken, is het wel voor de hand liggend om geen gapende kloof tussen feit en recht te hebben.

3 INVLOED VAN GEDRAGSPRESUMPTIES IN HET RELATIERECHT: PARTIJAUTONOMIE EN BESCHERMING

Welke gedragsveronderstelling zijn binnen het relatierecht leidend voor de inrichting van het relatierecht? En wat maakt het uit of men van de ene of andere veronderstelling over gedrag van echtgenoten uitgaat? Deze vragen zijn relevant voor zowel de wetgever die het relatierecht vormgeeft, als de wetenschapper die daarop reflecteert en de rechter die in een individueel geval een oordeel geeft. Hiervan worden voor alle drie de groepen concrete voorbeelden gegeven.

In het relatierecht is op veel punten een afweging gemaakt door de wetgever tussen het belang van partijautonomie aan de ene kant en bescherming van een of meer partijen aan de andere kant. Daarin is het relatierecht bepaald niet uniek. Over deze begrippen in het kader van het privaatrecht is veel literatuur voorhanden. Ook aan de rol van autonomie en bescherming in het familierecht en meer specifiek het relatierecht is aandacht besteed.⁶ Gedragspresumpties over de manier waarop partners beslissingen nemen en keuzes maken, spelen hierbij een belangrijke rol, net als de vraag in hoeverre sprake is van een economisch of onderhandelings technisch zwakke partner. Hoe men denkt dat de werkelijkheid op

6 Braat 2004; De Graaf 2003; Hofer e.a. 2005.

deze punten in elkaar steekt, bepaalt mede hoe de afweging tussen deze twee belangen uitpakt.

Het beschermingsbeginsel speelt juist in het relatierecht een grote rol. De beschermende functie van het huwelijk is daarbij van belang.⁷ Daarbij heeft het beschermingsbeginsel verschillende rollen. Het kan dienen om de belangen van beide partijen tegelijk te beschermen, bijvoorbeeld door een bepaling die erin resulteert dat niet nu alvast verstrekende keuzes worden gemaakt door partners zonder kennis van relevante feiten die in de toekomst liggen, maar kan ook betrekking hebben op het belang van een van de partijen boven het belang van de andere partij. De ratio is het veronderstelde gegeven dat er in bepaalde omstandigheden extra bescherming nodig is, omdat een van de twee partijen zwakker is. In welke opzicht de wetgever ervan uit gaat dat sprake is van onbalans tussen de partners, blijkt soms slechts indirect uit de wettelijke bepaling en kan uiteenlopen van regeling tot regeling. Het verschil tussen de sterke en de zwakke partner kan betrekking hebben op economische aspecten (verdiencapaciteit, vermogen), maar ook op kennis en onderhandelingspositie. Een veronderstelling over zwakke en sterke partners is een gedragspresumptie: een veronderstelling over de werkelijkheid die ertoe leidt dat een van de twee partijen in bepaalde omstandigheden door het gedrag van de partners tijdens de relatie in een te beschermen positie verkeert. In de volgende paragraaf wordt aan de hand van concrete voorbeelden aangetoond welke rol het beschermingsbeginsel en de perceptie van zwakke partners spelen in het relatierecht.

Theoretisch zijn twee uiterste modellen denkbaar waarop relatierecht gebaseerd kan zijn. Aan de ene kant van het spectrum wordt de ideale inrichting van een rechtsregel gebaseerd op de gedachte dat partners in staat zijn nagenoeg perfecte keuzes te maken. Beslissingen worden genomen op basis van rationele argumenten en op basis van de relevante informatie in een gelijkwaardige onderhandelingspositie tussen de partners. Gaat men uit van zo'n mensbeeld, dan is het geen grote stap om in wettelijke regelingen veel ruimte te laten voor partijautonomie. Dat zou bijvoorbeeld impliceren dat aanstaande echtgenoten voorafgaand aan de huwelijkssluiting een overeenkomst zouden mogen sluiten waarin zij de partneralimentatie 'reeds nu voor alsdan' uitsluiten (zie par. 4 voor de vraag of de wet dat toestaat).

Aan de andere kant van het spectrum staat de visie dat mensen in de regel geen afgewogen rationele keuzes kunnen maken, dat ze slechte beslissers zijn en dat van een gelijke onderhandelingspositie niet op voorhand sprake is. Dat het in het relatierecht gaat om partners die tot elkaar staan in een affectieve relatie maakt dat er niet beter op. In zo'n model is de ruimte voor partijen aanmerkelijk beperkter en speelt het beschermingsbeginsel een belangrijke rol.

7 Vgl. Van Mourik & Verstappen 2006, p. 27.

4 PARTNERALIMENTATIE EN RELATIEVERMOGENSRECHT: CONCRETE VOORBEELDEN

Hierna wordt nagegaan welk mensbeeld en welke bijbehorende gedragspresumpties een rol hebben gespeeld bij de inhoud van de wettelijke regeling (of de toepassing daarvan in de rechtspraak), eerst voor partneralimentatie en daarna ter zake van enkele vermogensrechtelijke gevolgen.

4.1 Partneralimentatie

Welke gedragsveronderstellingen liggen (impliciet) ten grondslag aan het wettelijk partneralimentatierecht? Daarbij zijn verschillende aspecten te onderscheiden. In de eerste plaats de vraag in hoeverre er ruimte is voor partijautonomie en voor afwijking van het wettelijk neergelegde basisregime. In de tweede plaats rijst de daarmee verbonden vraag welke bescherming geboden is, gelet op veronderstelde zwakheden van een of beide echtgenoten.

Het partneralimentatierecht, dat een uitzondering is op het beginsel dat eenieder in zijn levensonderhoud dient te voorzien, kan worden beschouwd als een uitvloeisel van de beschermingsgedachte. Deze bescherming is specifiek aan het huwelijk als bijzondere relatievorm verbonden. Het huwelijk leidt tot de plicht tot nahuwelijkse solidariteit, als daartoe gelet op de economische positie van beide partijen aanleiding is (art. 1:157 BW). Algemeen wordt aangenomen dat de grondslag gezocht moet worden in de nauwe persoonlijke lotsverbondenheid tussen echtgenoten.⁸ De Hoge Raad knoopt aan bij de levensgemeenschap zoals die door het huwelijk is geschapen, die doorwerkt na scheiding in de vorm van de alimentatieplicht.⁹ Of in concreto recht op alimentatie bestaat, hangt af van de feiten en omstandigheden van het geval.

De Boer geeft in de Asser-serie een voorbeeld van een gedragspresumptie over de zwakke partij:¹⁰

‘In veel huwelijken neemt de vrouw de zorg voor de huishouding op zich, waardoor zij – zeker als er jonge kinderen zijn – niet of slechts in beperkte mate in staat is haar beroep te blijven uitoefenen, zich verder te scholen, haar ervaring op peil te houden. In die zin heeft Kisch terecht van een Kausalhaftung gesproken (NJB 1970, p. 519 e.v.), een gedachte die te meer aandacht verdient naarmate maat-

⁸ Asser-De Boer 2010, nr. 617.

⁹ HR 2 april 1982, NJ 1982, 374.

¹⁰ Asser-De Boer 2010, nr. 617.

*schappelijke omstandigheden in de hand werken dat deze rol aan één van de echtgenoten toevalt.*⁹

In het verlengde hiervan liggen rechtszaken waarin een van de partijen betoogt dat, gelet op het feit dat het veronderstelde gedrag in dit geval niet aanwezig was, de alimentatieregeling geen toepassing zou moeten vinden. Zo zou aan de *Kausalhaftung* ontkomen kunnen worden. In een geval waarin de man en de vrouw voor hun huwelijk een kind hebben gekregen en tijdens het huwelijk niet hebben samengewoond, betoogde de man dat een onderhoudsplicht slechts dan gerechtvaardigd is wanneer door de feitelijke inrichting van het huwelijk de verdien capaciteit van de onderhoudsgerechtigde is verminderd. De Hoge Raad verwerpt dit standpunt en merkt op dat de stelling dat slechts een onderhoudsplicht bestaat, indien sprake is geweest van wederzijdse verzorging, van samenwonen of van het voeren van een gemeenschappelijke huishouding, onjuist is.¹¹ Van echtgenoten wordt op grond van hun huwelijkse staat verondersteld dat zij aan het wettelijk huwelijksmodel voldoen, ongeacht of ze dat ook daadwerkelijk doen. Voor individuele toetsing van de omstandigheden is geen ruimte en een huwelijk biedt daarmee een grote bescherming aan de partner die behoeftig is en niet in zijn of haar eigen levensonderhoud kan voorzien.

De wet kent veel vrijheid toe aan partijen om partneralimentatie te regelen, maar geeft tegelijkertijd grenzen aan (art. 1:158, 1:159 en 1:401 BW). Het is in beginsel toegestaan om partneralimentatie contractueel uit te sluiten, ook al zou er volgens de wettelijke maatstaven wel recht op alimentatie zijn. Het gaat hier dus om een keuze waar in potentie veel geld mee gemoeid is, afhankelijk van behoefte en draagkracht van ex-partners. Partners worden dus verondersteld verstandige keuzes met zeer ingrijpende financiële gevolgen te kunnen maken, ook bij echtscheiding, wanneer de verwerking van het einde van de relatie veelal nog niet afgerond is. Ook mag worden afgesproken dat meer alimentatie wordt betaald dan volgens de wet verschuldigd zou zijn, of onder omstandigheden waar dat volgens het wettelijk systeem niet zo zou zijn. Daarnaast kan ook de termijn door partijen zelf worden vastgesteld in afwijking van de wettelijke termijnen. Bovendien kan een beding van niet-wijziging worden afgesproken, terwijl een alimentatieovereenkomst zonder zo'n beding bij een verandering van omstandigheden door de rechter wijzigbaar is. Een niet-wijzigingsbeding beperkt de vrijheid om de zaak aan de rechter voor te leggen en is door de wetgever van een veiligheidsklep voorzien: ook met een niet-wijzigingsbeding is wijziging niet geheel uitgesloten, maar dan geldt een strengere maatstaf (art. 1:159 lid 3 BW).

De contractsvrijheid is ook op een ander punt aan een beperking onderworpen. Gelet op de ingrijpende aard van een uitsluiting van alimentatie mogen, naar in de heersende

¹¹ HR 9 februari 2001, NJ 2001, 216; HR 1 februari 2002, NJ 2002, 171.

leer wordt aangenomen,¹² op basis van twee uitspraken van de Hoge Raad, aanstaande *ex*-echtgenoten wel, maar aanstaande echtgenoten niet het recht op partneralimentatie uitsluiten (art. 1:158 BW).¹³ In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat wel is toegestaan om voor het huwelijk een alimentatiebedrag overeen te komen dat gelijk is aan of hoger is dan het bedrag dat volgens de wettelijke maatstaven verschuldigd zou zijn.¹⁴ De veronderstelling is dus dat *ex*-partners wel en partners niet samen een ‘verantwoorde’ keuze kunnen maken en dat bescherming hier meer gewicht in de schaal legt.

Een andere veiligheidsklep is dat afspraken tussen partners over alimentatie onder bepaalde voorwaarden wijzigbaar zijn door de rechter (art. 1:401 BW). In de literatuur is recent betoogd dat er in de afweging tussen autonomie en bescherming meer ruimte zou moeten zijn voor partijautonomie, omdat mensen hun zaakjes zelf prima kunnen regelen met hulp van een deskundige. Ook voor het huwelijk zouden dus al een overeenkomst over partneralimentatie gesloten mogen worden, waartoe een nihilbeding zou kunnen behoren.¹⁵

De wijze waarop die beschermingsgedachte qua alimentatieduur vorm heeft gekregen, staat momenteel in de politieke belangstelling. Er zijn plannen om de duur van de partneralimentatie aanzienlijk te verkorten. De PVV heeft een initiatiefwetsvoorstel ingediend, dat na advies van de Raad van State op een aantal punten is aangepast.¹⁶ Het voorstel is van een verbluffende eenvoud: alle partneralimentatie wordt, ongeacht de duur van het huwelijk of de zorg voor kinderen, teruggebracht tot vijf jaar. Dit zou ook gaan gelden voor reeds lopende alimentatieplichten. De kans dat deze botte bijl het tot wet schopt, wordt overigens niet hoog ingeschat.¹⁷ De veronderstellingen die aan het wetsvoorstel ten grondslag liggen, zijn het grote aantal echtscheidingen, het kleinere aantal huwelijken met een klassiek rollenpatroon tussen man en vrouw en het feit dat volgens de indiener de Nederlandse bevolking meent dat een duur van vijf jaar rechtvaardiger is dan twaalf jaar.¹⁸

Ook de VVD en PvdA werken aan een plan dat de duur van de alimentatieplicht wijzigt; er wordt een koppeling gelegd tussen de alimentatieduur en de duur van het huwelijk en de zorg voor kinderen, waarbij onderscheid gemaakt wordt tussen korte, middellange en

12 Asser-De Boer 2010, nr. 639; Van Mourik & Verstappen 2006, p. 473-476; Wortmann 2012, art. 158, aant. 2.

13 HR 7 maart 1980, NJ 1980, 363 (‘bij het maken van de in art. 158 vervatte uitzondering hebben aan de wetgever uitsluitend voor ogen gestaan overeenkomsten door echtelieden tijdens hun huwelijk aangegaan met het oog op een voorgenomen echtscheiding’) en HR 12 januari 1996, NJ 1996, 352.

14 Van Mourik & Verstappen 2006, p. 473-474. Zie ook Hidma 1979; De Jong 1979.

15 Schonewille 2012, p. 127 e.v.; Reijnen 2012 (als wenselijk recht).

16 Kamerstukken II 2011/12, 33 311, nr. 3.

17 Forder & Vonk 2012.

18 Kamerstukken II, 2011/12, 33 311, nr. 3. Vgl. Bruijn-Lückers & Labohm 2012.

lange huwelijken. De alimentatie kan uiteenlopen van nul tot tien jaar.¹⁹ De veronderstelling is dat alimentatie ertoe leidt dat vrouwen langer financieel onzelfstandig blijven, omdat er geen prikkel is om de arbeidsmarkt te betreden. Ook zouden vrouwen zich door deze wetgeving bedenken voor ze minder uren gaan werken.²⁰ Verder wordt ervan uitgegaan dat de bevolking een twaalfjarige alimentatieplicht niet rechtvaardig vindt.

Samenvattend laat deze paragraaf zien dat gedragsveronderstellingen in het partneralimentatierecht een belangrijke rol spelen en dat het voor de vraag hoe de afweging tussen partijautonomie en bescherming uitpakt veel uitmaakt hoe wordt gedacht over het gedrag van mensen. Grofweg kunnen vier uiteenlopende modellen worden onderscheiden:

1. De combinatie van de gedragspresumptie dat partners in staat zijn weloverwogen keuzes te maken over alimentatie gecombineerd met de gedragsveronderstelling dat bescherming niet nodig is. Dit leidt tot een grote vrijheid en weinig bescherming. De rol van partneralimentatie is hier klein en door partijen zelf te regelen.
2. De combinatie van de gedragspresumptie dat partners in staat zijn weloverwogen keuzes te maken over alimentatie en de gedachte dat bescherming gelet op het gedrag van echtgenoten nodig kan zijn. Dit resulteert in enige beperking van de partijautonomie omwille van de bescherming van de zwakke partner.
3. De combinatie van de gedragsveronderstelling dat partners niet zonder meer in staat zijn over alimentatie weloverwogen keuzes te maken met de veronderstelling dat bescherming doorgaans niet nodig is. Hier heeft het alimentatierecht een beperkte rol, maar is de vrijheid om daarvan af te wijken beperkt(er).
4. De combinatie van de gedragspresumptie dat partners niet zonder meer in staat zijn over alimentatie weloverwogen keuzes te maken en dat voor bescherming een grote rol is weggelegd, gelet op de bescherming van de zwakke partner. De rol van het partneralimentatie is hier groot en de partijautonomie beperkt.

Het model dat aan de wetgeving ten grondslag ligt, kan op basis van hetgeen hier onderzocht is, wellicht het beste getypeerd worden als een gemengd model: echtgenoten worden verondersteld in het algemeen redelijk weloverwogen keuzes te kunnen maken, maar moeten in bepaalde gevallen beschermd worden; op sommige punten in het alimentatierecht wordt de nadruk meer in de richting van model 2 gelegd en in andere gevallen meer in de richting van model nummer 4.

¹⁹ A. van der Steur, J. Recourt & M. Berndsen, Initiatiefnota, te vinden via: www.pvda.nl/data/sitemanagement/media/PvdA_Recourt_Partneralimentatie.pdf, geraadpleegd op 23 maart 2013.

²⁰ Zie de bijdrage van Antokolskaia in deze bundel.

4.2 *Wettelijke gemeenschap van goederen en koude uitsluiting*

Waar het gaat om de vermogensrechtelijke gevolgen van relaties is op een aantal punten een afweging gemaakt tussen bescherming en partijautonomie, waarvan er hier een beperkt aantal wordt besproken. Dat zijn de wettelijke gemeenschap van goederen en de mogelijkheden om daarvan bij huwelijkse voorwaarden af te wijken. In het bijzonder speelt de koude uitsluiting als een extreem voorbeeld van afwijking van het systeem een rol. Ook hier zijn gedragspresumpties over echtgenoten niet in alle opzichten gelijk.

De wettelijke gemeenschap van goederen kan worden gezien als een uitvloeisel van de solidariteits- en beschermingsgedachte: wat partijen opbouwen, komt hen gezamenlijk toe, ook als arbeid binnen- en buitenshuis niet gelijk verdeeld zijn.²¹ Als een van de partijen door het huwelijk economisch achtergeraakt is, wordt op grond van het huwelijksvermogensrecht bescherming geboden.²² Over de vraag hoever die wettelijke gemeenschap dient te gaan (dus alles of met bepaalde beperkingen), is een onderwerp dat de afgelopen twee decennia de gemoederen heeft beziggehouden.²³

Bij huwelijkse voorwaarden kunnen echtgenoten afwijken van het wettelijke standaardregime (art. 1:114 e.v. BW); tussenkomst van de notaris is een voorwaarde. Het achterliggende gedachtegoed is dat partners voorafgaand aan het huwelijk in staat geacht worden om een weloverwogen keuze te maken over het huwelijksvermogensrechtelijk regime. Ook pensioenrechtenverevening mag op voorhand worden uitgesloten (art. 1:155 BW).

De partijautonomie is, afgezien van de notariële tussenkomst voor huwelijkse voorwaarden, in vermogensrechtelijk opzicht bijzonder groot: er zijn geen inhoudelijke grenzen gesteld en ook een extreme keuze voor een stelsel waarin (aanstaande) echtgenoten afspreken dat zij in goederenrechtelijk en verbintenisrechtelijk absolute scheidslijnen tussen hun vermogens plaatsen, is toegestaan. Met deze zogeheten koude uitsluiting wordt een belangrijk gevolg van de huwelijksluiting, namelijk boedelmenging van rechtswege en het ontstaan van een wettelijke gemeenschap van goederen, buiten de deur gehouden. Dit heeft bij scheiding verstrekken gevolgen voor de echtgenoot die tijdens het huwelijk minder of geen inkomsten heeft verworven, maar kinderen en huishouden voor zijn rekening nam of onbetaald meewerkte in de onderneming van de echtgenoot. Het model dat de wetgever hier hanteert, lijkt relatief minder gewicht toe te kennen aan de bescherming dan op andere terreinen gebeurt en er zijn, anders dan bij alimentatie, geen wettelijke veiligheidskleppen ingebouwd om de gevolgen van deze keuze te mitigeren. Het is dan ook niet verwonderlijk dat dit een heet hangijzer is dat felle debatten heeft opgeroepen.

21 Schols & Hoens (2012) betwijfelen of echtgenoten wel weten waar ze voor kiezen met het basisstelsel.

22 Zie Van Mourik & Verstappen 2006, p. 24 e.v.

23 Van Mourik & Verstappen 2006, p. 20-34.

Cijfers over het aandeel en typen huwelijkse voorwaarden laten duidelijke fluctuaties zien, die deels verklaard kunnen worden door de rol die de notaris speelt in de advisering.²⁴ Gedragsveronderstellingen spelen ook in dit opzicht een cruciale rol. Gaat men ervan uit dat mensen dergelijke keuzes prima kunnen overzien, dan hoeft er geen bezwaar tegen deze mogelijkheid te bestaan.²⁵ Maar vertrekt men vanuit de gedragspresumptie dat echtgenoten gehinderd door de liefde geen weloverwogen keuze kunnen maken, dan is het resultaat compleet anders,²⁶ waarvan dit citaat van Van Mourik blijkt geeft:

‘Personen die kiezen voor het voeren van een gemeenschappelijke huishouding plegen aan deze beslissing vooral affectieve drijfveren ten grondslag te leggen. Materiële overwegingen kunnen meespelen maar zullen doorgaans ondergeschikt zijn aan de wens samen door het leven te gaan. Het delen van lief en leed wordt gemakkelijker indien een op genegenheid gegrondvest basisgevoel bestaat (...). Het veronderstelde basisgevoel leidt tot een vertroebeling van het zicht van de partners op de vermogensrechtelijke gevolgen, waaronder hun onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen. De taakverdeling kan leiden tot verlies aan verdien-capaciteit. Juridische onkunde en emotioneel en/of financieel overwicht dragen bij aan scheefgroei in de vermogensvorming. Wijze raad valt bij de start van de samenwoning niet zelden als zaad op de rotsen. Aan de finish worden geen vruchten maar gebakken peren geoogst.’²⁷

Niet alleen in de literatuur roept de koude uitsluiting vragen op, maar ook in de rechtspraak worden de degens gekruist. In een gestage stroom uitspraken wordt geprobeerd om de gevolgen van de huwelijkse voorwaarden met koude uitsluiting te verzachten, meestal zonder succes.²⁸ De hele discussie heeft er in het kader van de herziening van het huwelijks-

24 Schols & Hoens 2012; Van Mourik & Verstappen 2006, p. 273. Van Mourik, WPNR 2011/6904 (‘Het hangt van de notaris af met welke huwelijkse voorwaarden of welk samenlevingscontract, alsook met wat voor testament, het koppel het kantoor verlaat’).

25 Onder meer tegenstander van de koude uitsluiting: Schoordijk 1987, Schoordijk 1988; Schoordijk 2002, Schoordijk 2003; Van Mourik & Verstappen 2006, p. 37-38; Verbeke 2001a en 2001b. Anders Luijten 1988 en De Bruijn/Huijgen/Reinhart 2012, nr. 72 (die juist toekomst zien voor dit type huwelijkse voorwaarden). Zie ook Van Mourik, WPNR 2011/6904.

26 Uit het empirisch onderzoek van Schols en Hoens blijkt dat de koude uitsluiting de laatste jaren weer vaker dan in de periode tot 2003 wordt overeengekomen, ook door jongere mensen, dat het voor 86% van de stellen de eerste relatie was en dat uit de huwelijkse voorwaarden zelf vaak (85%) niet (duidelijk) bleek dat wat nu de essentie van de koude uitsluiting is, namelijk dat er bij echtscheiding geen recht op het delen van opgebouwd vermogen bestaat.

27 Van Mourik 2011.

28 Onder meer: HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150 (Kriek/Smit); HR 4 december 1987, NJ 1988, 610 (De Helmondse kledingbokser); HR 4 december 1987, NJ 1988, 678 (Bloemendaalse horeca); HR 25 november 1988, NJ 1989, 529 (Hilversumse horeca); HR 10 januari 1992, NJ 1992, 651 (Kriek/Smit à l’inverse); HR 29 september 1995, NJ 1996, 88 (Melkquotum); HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399 (Contrair gedrag); HR 1 oktober 2004, NJ 2005,

vermogensrecht toe geleid dat de wetgever besloot nader empirisch onderzoek te laten doen.²⁹ In het daaruit voortvloeiende rapport ‘Koude uitsluiting’ wordt door de onderzoekers van de VU en RUG als volgt geconcludeerd:³⁰

‘Personen die een affectieve relatie hebben, blijken vaak niet goed in staat hun onderlinge verhouding vooraf daadwerkelijk voor langere tijd goed te overzien en daarvoor regelingen te treffen waarin ook negatieve scenario’s daadwerkelijk zijn verdisconteerd. Dit gegeven kan naar ons oordeel goede grond bieden voor ingrijpen door de overheid op de contractsvrijheid en de partijautonomie, om te voorkomen dat vermogensrechtelijke regelingen onbillijke eindresultaten opleveren.’

De reactie van de staatssecretaris op het rapport geeft blijk van een opvatting die op twee gedachten lijkt te hinken:

*‘Ik wil voorop stellen dat (aanstaande) echtgenoten zelf een keuze dienen te maken voor een bepaald huwelijksvermogensregime. Zij hebben daarin een eigen verantwoordelijkheid. Aan eenmaal met elkaar gemaakte afspraken dienen zij zich vervolgens te houden.’*³¹

Ik kan mij vinden in het standpunt dat het hier om bijzondere overeenkomsten gaat. Zo vormt een handelscontract een contract van andere aard dan een contract betreffende huwelijksvoorwaarden. Het gaat bij deze laatste categorie om een overeenkomst waarin vaak voor lange termijn zaken worden geregeld door personen die een affectieve relatie hebben. De inhoud is vooraf door deze partners vaak moeilijk objectief te beoordelen. Personen met een affectieve relatie kunnen vaak niet alle gewenste en niet gewenste consequenties van hun afspraken voorzien.³²

De staatssecretaris vertrekt dus vanuit de gedachte dat partners zelf weloverwogen keuzes kunnen maken waar het aankomt op de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk. Ware dat anders, dan zou het gewicht dat aan de eigen verantwoordelijkheid wordt gehecht minder groot zijn. Tegelijkertijd wordt dat uitgangspunt in het volgende citaat zeer sterk gerelativeerd. Opvallend is dat in de reactie geen visie wordt gepresenteerd op de

1 (Natuurlijke verbintenis); HR 9 september 2005, NJ 2006, 99 (Zeeuwse notaris). In deze beslissingen worden geen uitspraken gedaan over gedragspresumpties.

29 Kamerstukken II 2011/12, 28 867.

30 Antokolskaia e.a. 2011, p. 284.

31 Kamerstukken II 2011/12, 28 867 nr. 23, p. 3.

32 Kamerstukken II 2011/12, 28 867 nr. 23, p. 5.

beschermingsgedachte, terwijl in het onderzoek juist een schatting was gemaakt van de ondergrens van het aantal gevallen waar de koude uitsluiting een probleem is.³³ Met andere woorden: in een situatie waarin empirisch materiaal voorhanden is over de prevalentie van zwakke partners, wordt hieraan voorbijgegaan.³⁴ Uiteindelijk komt de staatssecretaris tot de conclusie dat de oplossingen die door de onderzoekers in het rapport worden voorgesteld, onvoldoende toegevoegde waarde hebben bovenop de al bestaande mogelijkheden (die in de regel naar huidige rechtspraak niet vaak resultaat opleveren).

Tegen de achtergrond dat de wetgever in de regel een gemengd model (echtgenoten kunnen redelijke keuzes maken, maar moeten in bepaalde gevallen beschermd worden) gebruikt, lijkt de koude uitsluiting in dit opzicht een vreemde eend in de bijt.

Een tweede voorbeeld van de afweging van partijautonomie en bescherming is te vinden in de regeling van periodieke verrekenbedingen (art. 1:141 BW). De regeling houdt in dat als over een bepaalde periode geen verrekening van overgespaarde inkomsten of vermogen heeft plaatsgevonden, die verplichting toch blijft bestaan. De echtgenoot bij wie het vermogen terecht is gekomen, kan dus bij scheiding een vordering tot verrekening niet afweren. De regel is een codificatie van rechtspraak van de Hoge Raad.³⁵ De Hoge Raad overweegt in dit kader ‘(...) dat om voor de hand liggende redenen partijen in het algemeen niet tot verrekening zullen overgaan zolang de huwelijkse samenleving voortduurt’.³⁶ Het beschermingsbeginsel en de gedragspresumptie dat partners in de regel niet zullen afrekenen tijdens het huwelijk wegen hier dus zwaarder dan de partijautonomie. Echtgenoten hebben de vrijheid om afspraken te maken, maar als die niet worden nagekomen, dan wordt het risico verdeeld over beide echtgenoten.

4.3 *Relatierecht voor ongehuwde samenlevers*

In het spanningsveld tussen autonomie en bescherming is ook het keuzeargument interessant. Daaraan ligt een gedragspresumptie ten grondslag die gebaseerd is op de veronderstelde werkelijkheid dat partners zelf kiezen voor een bepaald type relatie en dat zij die keuze baseren op de juridische gevolgen die daaraan al dan niet verbonden zijn. Bij de vraag of er een *lex specialis* voor ongehuwd samenwonende paren ingevoerd zou moeten

³³ Rapport koude uitsluiting, p. 82-86.

³⁴ Zie ook de bijdrage van Antokolskaia in deze bundel, waar zij opmerkt dat wetgevers in verschillende jurisdicties voorbijgaan aan beschikbaar empirisch onderzoek.

³⁵ Onder meer: HR 15 februari 1985, LJN: AG4965, NJ 1985, 885; HR 7 april 1995, LJN: ZC1695, NJ 1996, 486 (Vossen/Swinkels); HR 19 januari 1996, LJN: ZC1963, NJ 1996, 617 (Rensing/Polak I).

³⁶ HR 19 januari 1996, LJN: ZC1963, NJ 1996, 617 (Rensing/Polak I).

worden,³⁷ speelt dit keuzeargument een grote rol. Aan de ene kant staat de opvatting dat partners die zelf opteren voor het informele samenleven geen wettelijke regeling van hun relatie opgedrongen mogen krijgen en dat de gevolgen van die keuze voor hun eigen rekening komen.³⁸ Ook in de jurisprudentie zijn voorbeelden te vinden van deze gedachtegang. Zo kreeg het Hof Den Haag een zaak voorgelegd waar partijen twaalf jaar samenwoonden zonder contract, twee kinderen kregen en samen een woning kochten. Zij betaalden tot aan de geboorte van het tweede kind ieder de helft van de hypotheeklasten en omdat de vrouw na de geboorte van dat tweede kind stopte met werken, betaalde de man die lasten. Na het einde van de relatie vordert de man over een periode van vijf jaar de helft van de door hem betaalde hypotheekrente en premie levensverzekering van de vrouw. Het hof overweegt:³⁹

‘Naar het oordeel van het hof is het de keuze van de vrouw geweest om niet meer te gaan werken, hetgeen voor haar eigen rekening en risico komt. De vrouw had een betaalde baan en had een opleiding. De vrouw kon in haar eigen levensonderhoud voorzien. Indien zij om haar moverende redenen niet meer had willen bijdragen aan de te betalen hypotheekrente had het op haar weg gelegen hieromtrent afspraken te maken met de man. Gezien de feitelijke situatie op het moment van de betaling van de hypotheekrente en premie levensverzekering door de man voldeed hij niet aan een natuurlijke verbintenis jegens de vrouw. Dat partijen voor of tijdens hun samenleving geen duidelijke afspraken hebben gemaakt schept het risico dat een verwachting bij de een niet overeenstemt met de verwachting van de ander.’

Hierin ligt een gedragspresumptie besloten over keuzegedrag in deze omstandigheden en over de vraag wanneer bescherming op zijn plaats is. De Hoge Raad oordeelt anders: de situatie wordt ‘gehaviltexd’, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn en ook acht kan worden geslagen op het feitelijk handelen van partijen. Ten onrechte is het hof voorbijgegaan aan de stelling van de vrouw dat zowel de man als zijzelf zich heeft gedragen in overeenstemming met door hen stilzwijgend gemaakte afspraken en de tussen hen feitelijk gegroeide taakverdeling.

37 Zie ook Antokolskaia e.a. 2011, waarin de aanbeveling wordt gedaan om een aantal maatregelen te nemen ter vergroting van de bescherming voor partners in een informele relatie. Zie Schrama 2012b en Schrama 2010.

38 Bijv. Schonewille 2012, p. 300. Vgl. Van Mourik 2011, die erop wijst dat liefde niet tot verstandige keuzes leidt, maar tegelijkertijd vaststelt dat de wetgever voldoende mogelijkheden biedt, waaronder het neutrale geregistreerd partnerschap om de zaken wel goed te regelen. Een argument dat ook in andere jurisdicties wordt geuit. Zie recent bijv. Tristin Hopper, ‘How a new law in B.C. turned thousands of live-in lovers into married couples’, *The National post* 2013, 20 maart 2013, www.news.nationalpost.com/2013/03/17.

39 HR 8 juni 2012, LJN: BV9539.

In het eerder genoemde rapport ‘Koude uitsluiting’ is onderzocht of vanuit de beschermingsgedachte grond voor wetgevend ingrijpen bestaat. Geconcludeerd wordt dat dit het geval is, gegeven het feit dat een aanzienlijke groep vrouwen met thuiswonende kinderen in ernstige financiële problemen komt na scheiding. Er worden verschillende voorstellen gedaan om dit probleem te verminderen, waaronder het invoeren van partnernalimentatie voor ongehuwd samenlevende partners.

De staatssecretaris reageert hierop als volgt:⁴⁰

‘Evenals in het geval van huwelijkse voorwaarden gaat het ook in het geval van een samenlevingsovereenkomst om een bijzondere overeenkomst tussen partijen met een affectieve relatie die voor de lange termijn afspraken maken. De inhoud is vooraf ook door deze partners vaak moeilijk objectief te beoordelen en niet alle gewenste en niet-gewenste consequenties van de afspraken kunnen van te voren worden voorzien. Wanneer er geen overeenkomst tussen de partners bestaat, kan de bijzondere relatie van samenwoners een reden zijn om tot een wettelijke beschermingsregeling te komen. Eigen verantwoordelijkheid van samenwonenden zonder samenlevingsovereenkomst moet in beginsel worden gerespecteerd. De vraag of er ook een noodzaak bestaat dan wel ruimte is voor een wettelijke regeling is daarmee nog niet beantwoord. De vraag is immers ook hier wat die wettelijke regeling dan zou moeten of kunnen inhouden en wat de meerwaarde van deze regeling is.’

Vervolgens wordt deze vraag per voorgesteld instrument beantwoord. Duidelijk is dat de eindconclusie van de onderzoekers dat er zeker termen zijn voor wettelijk ingrijpen, niet wordt gedeeld. De invoering van een rechterlijk alimentatierecht stuit, ondanks aanvankelijke sympathie, af op voor de praktijk onwerkbare nadelen genoemd in een overleg met de rechterlijke macht, advocatuur en notariaat.⁴¹

Over het geheel genomen lijkt het huidige relatierecht gebaseerd op een tussenmodel dat zich tussen de twee theoretische uitersten bevindt: de wetgever lijkt ervan uit te gaan dat partners zelf beslissingen kunnen nemen, maar binnen bepaalde grenzen. Op basis van de besproken voorbeelden kan worden vastgesteld dat het mensbeeld in het wettelijk relatierecht niet op alle punten gelijk is en dat er in bepaalde opzichten van uit wordt gegaan dat partners geen weloverwogen keuze kunnen maken en in andere opzichten wel. Het belang dat aan bescherming van de zwakke partner wordt gehecht, loopt evenzeer uiteen. Binnen

⁴⁰ Kamerstukken II 2011/12, 28 678, nr. 29, p. 11-12.

⁴¹ Kamerstukken II 2011/12, 28 678, nr. 29.

het alimentatierecht zijn relatief veel veiligheidskleppen ingebouwd tegen resultaten waarbij minder bescherming is afgesproken tussen partners dan waar wettelijk recht op zou bestaan. Bij de vermogensrechtelijke aspecten lijkt juist meer gewicht aan de partijautonomie toegekend te worden. Het is interessant nader te onderzoeken welke verklaringen voor de verschillen te vinden zijn.⁴² Duidelijk is in ieder geval dat het mensbeeld en de bijbehorende gedragspresumpties sterk van invloed zijn op de vormgeving en toepassing van regels. Bovendien is het mensbeeld in het algemeen nauwelijks onderbouwd. Vaak lijkt het erop dat het gehanteerde mensbeeld zo vanzelfsprekend is, dat dit niet wordt toegelicht. Dat geeft te denken.

5 GEDRAGSPRESUMPTIES GETOETST AAN DE WERKELIJKHEID

In de voorgaande paragrafen is aan de orde gekomen dat gedragspresumpties van belang zijn voor de inrichting van het recht en dat er zeer uiteenlopende veronderstellingen over de werkelijkheid zijn. Tegelijk is duidelijk dat de onderbouwing van die mensbeelden van belang is om vast te kunnen stellen welk vertrekpunt het meeste overeenstemt met de werkelijkheid. Het onderbouwen van gedragspresumpties is geen simpele vraag waarop een simpel antwoord bestaat; de werkelijkheid is kleurrijk en het samenvatten daarvan lastig. Dat is waarschijnlijk ook de reden waarom mensbeelden als vanzelfsprekend worden opgevat. Bedacht moet echter worden dat mensbeelden over gedrag van mensen gaan; een gedragspresumptie bevat een veronderstelling over gedrag die, wil de regel effectief zijn, niet te ver van de werkelijkheid moet liggen. Inzicht in gedrag van mensen is dus essentieel. Het gaat er niet alleen om hoe we denken dat mensen denken en doen, maar ook om hoe ze dat in het leven van alledag doen. Hoe beslissen mensen? Hoe vaak komt bepaald gedrag voor? Waarom gedragen mensen zich op een bepaalde manier? Hoe vaak begeven mensen zich in een situatie dat ze uiteindelijk bescherming nodig hebben? Het gaat er dus om de min of meer vanzelfsprekende mensbeelden te toetsen aan de kennis die daarover buiten het juridisch domein bestaat, kortom een *evidence-based* benadering. Empirisch onderzoek uit de sociale wetenschappen en economie is in dit opzicht cruciaal.⁴³

Het is niet de bedoeling om in deze bijdrage op basis van het beschikbare onderzoek na te gaan welke kennis er is over de keuzes die mensen maken en in hoeverre men daarbij meeweegt welke juridische gevolgen aan welke relatie verbonden zijn. Op verschillende terreinen is hier onderzoek naar gedaan, van de psychologie en sociologie tot de economie. Wel kan aan de hand van voorbeelden worden gedemonstreerd welke kennis nodig is.

42 Zie voor een verklaring tussen de verschillende niveaus van partijautonomie bij pensioenen en alimentatie: Reijnen 2012, die zelf pleit voor verruiming van de partijautonomie.

43 Bijv. Genn e.a. 2006; Van Gestel 2009; Maclean 2010, p. 287-290; Nielsen 2010; Schrama 2012a.

De veronderstelling dat partijen zelf weloverwogen keuzes kunnen maken, ook ingeval zij in een liefdesrelatie tot elkaar staan en bij aanvang van het huwelijk keuzes moeten maken voor het geval zij gaan scheiden, is er een die om onderbouwing vraagt. Om dat goed te kunnen doen moet eerst worden vastgesteld wat de veronderstelling precies is. Aan de beperkingen van de partijautonomie ter zake van partneralimentatie kunnen bijvoorbeeld verschillende veronderstellingen ten grondslag liggen:

1. Mensen kunnen geen weloverwogen beslissingen nemen.
2. Partners in liefdesrelaties kunnen in relatie tot elkaar geen weloverwogen beslissingen nemen.
3. Mensen kunnen voor beslissingen die ver in de toekomst liggen, geen weloverwogen beslissingen nemen.
4. Mensen kunnen geen weloverwogen beslissing nemen op het moment dat ze trouwen over de situatie dat ze ooit gaan scheiden (zelfs al weten ze best dat veel huwelijken stranden).
5. Mensen kunnen geen weloverwogen beslissing nemen als het partnerperspectief vooropstaat ('liefde maakt slechtiend'-argument).
6. Mensen kunnen geen weloverwogen beslissing nemen als er sprake is van een sterke en een zwakke onderhandelingspartner.
7. Andere opties of een combinatie van de voorgaande mogelijkheden.

De omgekeerde aanname dat partners wel in staat zijn dergelijke keuzes te maken, geldt voor de mogelijkheid die aanstaande echtgenoten hebben om koude uitsluiting overeen te komen. Ook daarbij moet worden nagegaan wat precies de veronderstelling is en zou vervolgens moeten worden nagegaan door de rechtswetenschapper (in ieder geval idealiter) wat we daarover te weten kunnen komen uit andere disciplines. Dat is een berg werk, die gezamenlijk verzet zou kunnen worden.

Een ander voorbeeld uit de discussie over de verkorting van de duur van partneralimentatie (zie par. 4.1) laat ook zien dat eerst in kaart gebracht moet worden welke kennis nodig is om na te gaan of de gedragspresumptie al dan niet klopt. Hierbij gaat het er niet zozeer om of partners min of meer verstandige keuzes kunnen maken, maar om de vraag wat er dient te gebeuren als dat in de context van de relatie niet gebeurd is, doordat een van de twee minder is gaan werken en daardoor qua verdien capaciteit in een nadelige(re) positie verkeert. Het gaat dus om bescherming van een partij die wordt verondersteld economisch zwak te zijn. Het is zorgelijk dat zonder inzicht in de stand van zaken een dergelijke wijziging wordt voorgesteld, die slechts zwak gemotiveerd wordt door een aantal algemene, niet-onderbouwde presumpties.⁴⁴ Alvorens tot een wijziging over te gaan, is

⁴⁴ Vgl. Spalter 2013; Roelvink-Verhoeff 2013.

meer inzicht nodig in de rol van partneralimentatie nu. Hoe vaak wordt partneralimentatie door de rechter toegekend of door partijen afgesproken en hoe vaak wordt dit nagekomen?⁴⁵ Om welke bedragen gaat het en wat is het belang daarvan op de totale inkomsten van de alimentatiegerechtigde? Werken vrouwen die alimentatie krijgen minder dan vrouwen die geen of minder alimentatie krijgen, zoals verondersteld wordt in het plan van VVD en PvdA? Hoe is het verband tussen nadeel en de zorg en verantwoordelijkheid voor kinderen? Weliswaar wordt de discussie deels geïnspireerd door een verondersteld afvlakkend maatschappelijk draagvlak voor langdurende alimentatie, maar tegelijk komt uit recent empirisch onderzoek naar de ideeën van Nederlanders over de duur van partneralimentatie naar voren dat mensen maatwerk wensen (en niet per se een korte termijn), maar niet gecharmeerd lijken te zijn van een wettelijke standaardtermijn van twaalf jaar.⁴⁶ De arbeidsparticipatie van vrouwen is toegenomen, maar het is, zoals ook de Raad van State opmerkt in het advies over het initiatiefwetsvoorstel van de PVV, nog lang niet zo dat huwelijken niet meer tot huwelijksgerelateerde behoefte leiden.⁴⁷ Daarom is het van belang om aan de hand van verschillende scenario's door een econoom een schatting te laten maken op basis van economische modellen van het te lijden/geleden verlies door de partner die meer thuis blijft in verband met de zorg voor kinderen. Stel bijvoorbeeld dat een partner na de geboorte van een kind een of twee dagen per week minder gaat werken, welke schade wordt daardoor geleden? Daarbij gaat het ook om de kansen om een loopbaan te ontwikkelen, het risico op een moeilijke terugkeer in een volledige baan, het verminderd opbouwen van sociale zekerheidsrechten en pensioen. Gegeven het feit dat verdien capaciteit een zeer belangrijke bron van vermogen is, zou becijferd moeten worden wat het concrete nadeel is dat partners lijden door meer thuis te blijven, zowel voor als na een scheiding. Bedacht moet hierbij worden dat voor de meeste van de bovengenoemde empirische vragen, voor zover ik dat weet, geen pasklaar antwoord te vinden is in andere disciplines. Er is niet met deze invalshoek naar deze onderwerpen gekeken en zelfs basale empirische informatie ontbreekt. Kortom, het is aan de wetgever door het stimuleren van onderzoek en aan de rechtswetenschap om op dit punt de wel beschikbare kennis uit andere disciplines te verzamelen, te inventariseren welke kennis ontbreekt en door middel van samenwerking met economen en sociologen meer inzicht in het functioneren van het alimentatierecht te krijgen.

Om te laten zien welke informatie een zoektocht door andere disciplines op kan leveren, worden hier tamelijk willekeurig enkele voorbeelden genoemd die betrekking hebben op de vraag in hoeverre sprake is van een bewuste, weloverwogen keuze van partners tussen

45 Het CBS heeft wel gegevens over het aantal partneralimentaties bij de echtscheidingsbeschikking, maar niet over het aantal zelfstandige procedures.

46 Al valt ook dat te bezien, zie het empirisch onderzoek van Spalter 2012.

47 Kamerstukken II, 2011/12, 33 311, nr. 3.

verschillende relatievormen. Dat is onder meer van belang voor de discussie over de vraag of er een *lex specialis* zou moeten zijn voor ongehuwde samenlevers (zie par. 4.3). Op basis van het keuzeargument wordt verondersteld dat partners bewust een keuze maken voor relatievormen en daarbij ook een belangrijke rol toekennen aan de juridische gevolgen van die relatievormen. Gelet daarop moeten partners niet in een huwelijkskorset gedwongen worden. Maar wat weten we eigenlijk over de manier waarop mensen voor de ene of de andere relatie kiezen, welke rol spelen juridische aspecten en hoe goed zijn partners op de hoogte van juridische verschillen tussen relatievormen?

In empirisch onderzoek in Nederland is aan getrouwde paren van verschillend geslacht gevraagd of zij ook een geregistreerd partnerschap hebben overwogen (17% wel, 83% niet). Van de ondervraagde geregistreerde partners van verschillend geslacht had 43% wel overwogen te trouwen, maar heeft dat uiteindelijk niet gedaan. Aan getrouwden werd gevraagd waarom zij voor het huwelijk hadden gekozen, waarbij 60% van de heterostellen aangaf vanwege de symbolische betekenis van het huwelijk te trouwen, terwijl 50% aangaf voor het huwelijk te kiezen, omdat de zaken dan goed geregeld zijn. Voor geregistreerde partners van verschillend geslacht was voor 80% de reden alles goed geregeld te hebben; voor ruim 40% is het feit dat men geen bruiloft wil een reden om niet te willen trouwen.⁴⁸ De kennis die partners hebben van de juridische gevolgen van huwelijk en geregistreerd partnerschap blijkt niet optimaal. Van de elf kennisvragen werden er gemiddeld twee fout beantwoord.

Uit wat ouder empirisch onderzoek naar de keuze voor ongehuwd samenleven en trouwen in Nederland en de keuze tussen samenwonen met of zonder samenlevingscontract en trouwen met of zonder huwelijkse voorwaarden blijkt een aantal factoren de keuze voor een meer formele regeling te beïnvloeden. Voor paren die ongehuwd samenleven, is het krijgen van kinderen een aanleiding om een samenlevingscontract op te stellen, maar de taakverdeling tussen man en vrouw heeft geen effect. Het kopen van een huis heeft een sterk positief effect op de keuze van paren die ongehuwd samenwonen om een samenlevingscontract aan te gaan. De kans om te huwen (in plaats van samen te wonen) was onder meer positief afhankelijk van de komst van kinderen en de aankoop van een woning. Naarmate vrouwen relatief meer huishoudelijk werk deden, is de kans groter dat zij trouwen. Anders dan verwacht, was er naarmate het aandeel van vrouwen aan het arbeidsmarktinkomen groter was, een grotere kans om te trouwen dan samen te wonen. Opvallend is dat financiële afhankelijkheid van de huishoudelijke partner niet vertaald wordt in een keuze voor meer formeel commitment (dus bijvoorbeeld trouwen of een samenlevingscon-

⁴⁸ Jansen 2007, p. 214-217.

tract aangaan). Ook bleek dat normatieve overwegingen in de sociale omgeving van de partners een rol spelen bij de keuze tussen de verschillende mogelijkheden.⁴⁹

Ook in Engeland is onderzoek naar de keuzes gedaan, al zijn de resultaten niet direct vertaalbaar naar de Nederlandse situatie, zeker niet gelet op het feit dat in Engeland de *common law marriage*-mythe bestaat, op grond waarvan ongehuwde partners denken dat ze rechten en plichten hebben, terwijl dat niet zo is.⁵⁰ Uit het onderzoek komt naar voren dat ongeveer de helft van de ongehuwd samenlevende partners dacht dat ze vergelijkbare rechten en plichten hadden als echtgenoten. Tegelijk wordt vastgesteld dat de slechte kennis over de rechtspositie slechts deels een verklaring geeft voor de almaar groeiende groep mensen die kiest voor het ongehuwd samenleven. In die context wordt gesproken van *lack of legal rationality*; partners (of ze nu wel of niet trouwen) laten zich daarbij niet leiden door een rationele kosten-batenafweging. De keuze staat in verband met een algemene tendens die uit demografisch onderzoek in verschillende Europese landen naar voren komt en die in verband staat met een verandering in verwachtingen over intimiteit en relaties en losstaat van de nationale juridische situatie in een bepaald land.⁵¹

Uit onderzoek onder ongehuwd samenlevende paren in de VS komt naar voren dat voor veel paren niet zozeer de keuze is tussen ongehuwd samenleven en trouwen, maar dat het beslisproces zich richt op single zijn versus samenwonen, terwijl trouwen niet als een serieuze optie wordt aangemerkt. Opmerking verdient dat het onderzoek betrekking had op 20- tot 35-jarigen; oudere stellen zijn niet gevraagd naar hun relatie en keuzes. De implicatie is volgens onderzoekers dat de dominante keuze niet tussen huwelijk en ongehuwd samenwonen is, maar tussen wel of niet een samenwoonrelatie. Een ander aspect dat naar voren komt, is dat het gaan samenleven een geleidelijke overgang van single zijn naar een samenwoonrelatie is. Er zijn meerdere beslismomenten, het is vaak niet het resultaat van een afgewogen beslissing.⁵²

Gelet op het feit dat dit bepaald geen systematische analyse van de beschikbare literatuur is, zijn hier niet direct conclusies aan te verbinden voor de inrichting van het recht. Wel blijkt dat er materiaal voorhanden is en dat het belangrijk is om daar op systematische wijze kennis uit te verzamelen. Het loont de moeite om niet alleen de vraag naar het *Sollen* te beantwoorden, maar ook die naar het *Sein*.

49 Giesen 1999.

50 Barlow e.a. 2005; Eekelaar & Maclean 2004.

51 Barlow e.a. 2005; Duncan e.a. 2005; Barlow e.a. 2008; Lesthaeghe 1995.

52 Bumpass & Lu 2000, Manning & Smock 2005, Smock & Gupta 2002 en Weis 1997 en de daar vermelde onderzoeken.

6 CONCLUSIE

In deze bijdrage is onderzocht wat de rol van gedragsveronderstellingen in het relatierecht is en welke invloed percepties over gedrag van partners hebben op de inrichting van het relatierecht. Een gedragspresumptie is in deze bijdrage niet hetzelfde als het gedrag van mensen, maar een normatieve veronderstelling in het juridisch systeem over het gedrag van mensen die tot elkaar staan in een affectieve relatie; het veronderstelde gedrag is rechtens relevant en heeft juridische implicaties. Nagegaan is welke gedragsveronderstellingen binnen het relatierecht leidend zijn voor de inrichting van het relatierecht. Daartoe is aan de hand van het alimentatierecht en relatievermogensrecht onderzocht welke gedragsveronderstellingen er aan de regeling ten grondslag liggen en welke gevolgen dat heeft voor de afweging tussen partijautonomie en bescherming. Hoe een rechtswetenschapper, rechter of wetgever denkt dat de werkelijkheid op deze punten in elkaar steekt, bepaalt mede hoe de afweging tussen deze twee belangen uitpakt. Binnen de verschillende regelingen in het relatierecht lijken geen consequente ideeën over het gedrag van partners gebruikt te worden. Mede om die reden is van belang dat gedragspresumpties niet als een voorgegeven idee worden beschouwd, maar dat wordt geprobeerd om die aan de hand van een *evidence-based* benadering te toetsen.

De eerste vraag die beantwoord moet worden, is welk gedrag verondersteld wordt en welke implicaties dat heeft voor de inrichting van het relatierecht of de beslissing op een concreet punt in de rechtspraak. Wat mij betreft is er een wereld te winnen door meer aandacht te besteden aan het achterliggende mensbeeld. Wat wordt verondersteld over het gedrag van partners? Pas daarna komt de volgende stap: gedragsveronderstellingen niet primair baseren op persoonlijke mensbeelden, maar op een empirisch getoetste werkelijkheid. Er is een omslag nodig van *opinion-based* naar *evidence-based* juridisch denken. Als door kennis te nemen (of kennis te creëren) van empirisch onderzoek uit andere disciplines vastgesteld is of het veronderstelde vertrekpunt niet te ver van de werkelijkheid afligt, kan de vraag aan de orde komen welke rechtspolitieke afweging tussen partijautonomie en bescherming gemaakt kan worden. Daarbij kan verschil van inzicht bestaan over de rol die de staat op dit punt heeft; daar is niks mis mee, en dat komt, als het debat zuiver gevoerd wordt, de argumentatie en onderbouwing van regels ten goede. Waar wel wat mis mee is, is het verwaarlozen van het empirisch domein. In ieder geval behoort het mijns inziens tot de taak van de rechtswetenschapper om over de grenzen van de juridische discipline heen te kijken. Elders is beschreven dat dit geen simpele route is en welke moeilijkheden daarbij kunnen spelen.⁵³ Gelet op de berg werk die in het verschiet ligt, de vele gaten die er in de kennis zijn en de moeilijkheden die zich voordoen bij het beoordelen van empirisch

53 Schrama 2012a.

onderzoek door rechtswetenschappers, betekent dit dat het bundelen van krachten voor de hand ligt.⁵⁴ Zoals ik al eens suggereerde zou de oprichting van een multidisciplinair centrum voor familiewetenschappen, waarin wetenschappers van verschillende disciplines samenwerken, hieraan kunnen bijdragen.⁵⁵ De werkwijze zoals hiervoor voorgesteld, biedt meer mogelijkheden tot een betere afstemming van het recht en de realiteit. Op zijn beurt biedt dat de mogelijkheid om de doelen van relatierecht (gerichter) te bereiken.

LITERATUUR

Antokolskaia 2006

M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Antokolskaia e.a. 2011

M.V. Antokolskaia, B. Breederveld, J.E. Hulst, W.D. Kolkman, F.R. Salomons & L.C.A. Verstappen, *Koude uitsluiting, Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan*, Den Haag: WODC 2011.

Asser-De Boer 2010

Asser-De Boer, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Barlow e.a. 2005

A. Barlow, S. Duncan, G. James & A. Park, *Cohabitation, Marriage and the Law, Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, Oxford: Hart Publishing 2005.

Barlow e.a. 2008

A. Barlow, C. Burgoyne, E. Clery & J. Smithson, 'Cohabitation and the law: myths, money and the media', in: Thomson, K. (ed.), *British Social Attitudes: The 24th Report*, London: Sage 2008.

Braat 2004

B. Braat, *Indépendance et interdépendance patrimoniales des époux dans le régime matrimonial légal des droits néerlandais, français et Suisse*, Antwerpen: Intersentia 2004.

⁵⁴ Vgl. de bijdrage van Antokolskaia in deze bundel waarin een aantal oplossingsrichtingen worden gesuggereerd.

⁵⁵ Schrama 2010 en 2012a. Vgl. voor een pleidooi voor de oprichting van een Landelijk Centrum voor Methodologie en Empirische Rechtsbeoefening Van Gestel, Boom & Giesen 2012.

De Bruijn, Huijgen & Reinhartz 2012

De Bruijn, Huijgen & Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Bruijn-Lückers & Labohm 2012

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers & A.N. Labohm, 'Alimentatie in tijden van crisis en maatschappelijke veranderingen', *WPNR* 2012/6947.

Bumpass en Lu 2000

L.L. Bumpass & H.H. Lu, 'Trends in cohabitation and implications for children's family contexts in the United States', *Population Studies*, 2000, 54, p. 29-41.

Duncan e.a. 2005

S. Duncan, A. Barlow & G. James, 'Why don't they marry? Cohabitation, commitment and DIY marriage', *Child and Family Law Quarterly*, 17 (3), p. 383-398.

Eekelaar & Maclean 2004

J. Eekelaar & M. Maclean, 'Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships', *Journal of Law and Society*, vol. 31, p. 510-538.

Forder & Vonk 2012

C. Forder & M. Vonk, 'Kroniek personen- en familierecht', *NJB* 2012, 2464.

Genn e.a. 2006

H. Genn, M. Partington & S. Wheeler, *Law in the Real World: Improving Our Understanding of How Law Works, The Nuffield Inquiry On Empirical Legal Research*, 2006.

Van Gestel 2009

R. van Gestel, 'Wetgeving en wetenschap', *AA* 2009, p. 30-37

Van Gestel, Boom en Giesen 2012

R. van Gestel, W. van Boom & I. Giesen, 'Een landelijk Centrum voor Methodologie en Empirische Rechtsbeoefening', *NJB* 2012, 1682.

Giesen 1999

D. Giesen, 'Juridische arrangementen', in: M. Kalmijn, W. Bernasco & J. Weesie (red.), *Huwelijks- en samenwoonrelaties in Nederland, De organisatie van afhankelijkheid*, Assen: Van Gorcum 1999, p. 55-80.

Hidma 1979

T.R. Hidma, 'Nihilbeding art. 158 Boek 1 BW; ook voor het huwelijk overeen te komen', *WPNR* 1979/5470, p. 170-172 en *WPNR* 1979/5492, p. 556-557.

Hofer e.a. 2005

S. Hofer, D. Schwab & D. Henrich (red.), *From Status to Contract, Die Bedeutung des Vertrages im Europäischn Familienrecht*, Bielefeld: Gieseking 2005.

Jansen 2007

K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, M. Jansen & W.M. Schrama, *Huwelijk of geregistreerd partnerschap?*, Deventer: Kluwer 2007.

De Jong 1979

G.T. de Jong, 'Nogmaals: Nihilbeding ook vóór het huwelijk?', *WPNR* 1979/5492.

Lesthaeghe 1995

R. Lestaege, 'The Second demographic Transition in Western Countries: an Interpretation', in: K. Mason & A.-M. Jensen (eds.), *Gender and Family Change in Industrialised Countries*, Oxford: Clarendon Press 1995.

Luijten 1988

E.A.A. Luijten, 'De Hoge Raad, huwelijksvoorwaarden en de rechtszekerheid (I)', *WPNR* 5865, p. 151-154 (*) en (II, slot), *WPNR* 5866, p. 168-172.

Maclean 2010

M. Maclean, 'Families', in: P. Cane & H.M. Kritzer, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, New York: Oxford University Press 2010, p. 285-307.

Manning & Smock 2005

W.D. Manning & P.J. Smock, 'Measuring and Modeling Cohabitation: New Perspectives From Qualitative Data', *Journal of Marriage and Family* 67 (November 2005), p. 989-1002.

Van Mourik 1987

M.J.A. van Mourik, 'Huwelijkse voorwaarden en de eisen van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 1987/5811.

Van Mourik 2011

M.J.A. van Mourik, 'Boekbespreking, Koude Uitsluiting', *WPNR* 2011/6904.

Van Mourik & Burgerhart 2005

M.J.A. van Mourik & W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 2005/6648.

Van Mourik & Verstappen 2006

M.J.A. van Mourik & L.C. A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006.

Nielsen 2010

L.B. Nielsen, 'The Need for multi-method approaches in empirical research', in: P. Cane & H. Kritzer, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, New York: Oxford University Press 2010.

Reijnen 2012

T.F.H. Reijnen, 'Huwelijkse voorwaarden, pensioenverevening en alimentatie', *WPNR* 2012/6916.

Roelvink-Verhoeff 2013

A. Roelvink-Verhoeff, 'Partneralimentatie in ontwikkeling', in: M. Antokolskaia & B. Breederveld, *Partner- en kinderalimentatie: Knelpunten en voorstellen voor verbetering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 89-104.

Schols & Hoens 2012

F.W.J.M. Schols & F.M.H. Hoens, 'CNR-Huwelijksvoorwaardenonderzoek, deel I: algemeen en koude voorwaarden', *WPNR* 2012/6956.

Schonewille 2012

F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*, Apeldoorn: Maklu 2012.

Schoordijk 1987

H.C.F. Schoordijk, 'Vermogensverschuivingen onder een regime van koude uitsluiting van iedere gemeenschap', *WPNR* 1987/5839.

Schoordijk 1988a

H.C.F. Schoordijk, 'Twee recente arresten van de Hoge Raad over koude uitsluiting van iedere gemeenschap en hun betekenis voor de rechtspraktijk', *WPNR* 1988/5858-5859.

Schoordijk 1988b

H.C.F. Schoordijk, 'Luijtens visie op koude uitsluiting', *WPNR* 1988/5868.

Schoordijk 2002

H.C.F. Schoordijk, 'Goederenrechtelijke uitsluiting van iedere gemeenschap, A never ending story?', reactie op de artikelen van E.A.A. Luijten in WPNR 6485 en 6490 (2002)', WPNR 2002/6499, p. 573-575.

Schoordijk 2003

H.C.F. Schoordijk, 'De syllabus errorum van de koude uitsluiting. Waarom de wetgever aan de zgn. koude uitsluiting bij voorrang aandacht dient te schenken', NTBR 2003/1, p. 7-12.

Schrama 2004

W.M. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (diss.), Deventer: Kluwer 2004.

Schrama 2010

W.M. Schrama, 'Een redelijk en billijk relatierecht', TPR 2010, nr. 4, p. 1703-1740.

Schrama 2012a

W. Schrama, 'Empirisch onderzoek in de familierechtwetenschap', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 71-92.

Schrama 2012b

W.M. Schrama, 'Een lex specialis voor ongehuwde samenlevers?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2012, p. 242-248.

Schrama 2012c

W.M. Schrama, 'Ontwikkelingen in het familierecht, Een blik in het verleden en op de toekomst van Boek 1 BW', *Ars Aequi* 2012, nr. 2, p. 144-150.

Smock & Gupta 2002

P.J. Smock & S. Gupta, 'Cohabitation in contemporary North America', in: A. Booth & A.C. Crouter (eds.), *Just living together: Implications for children, families, and public policy*, New York: Erlbaum 2002, p. 53-84.

Spalter 2012

N. Spalter, 'Duur van partneralimentatie', *NJB* 2012, 1302.

Spalter 2013

N. Spalter, 'Praktische toepassing van de grondslagen van partneralimentatie in de alimentatieprocedure', in: M. Antokolskaia & B. Breederveld, *Partner- en kinderalimentatie: Knelpunten en voorstellen voor verbetering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 69-88a.

Verbeke 2001a

A.L.P.G. Verbeke, 'Wettelijk verbod van koude uitsluiting', *NJB* 2001, p. 2185.

Verbeke 2001b

A.L.P.G. Verbeke, 'Weg met de koude uitsluiting!', *WPNR* 2001/6464, p. 945-952.

Weiss 1997

Y. Weiss, 'The Formation and Dissolution of Families: Why Marry? Who Marries Whom? And What Happens upon Marriage and Divorce', in: M.R. Rosenzweig & O. Stark (eds.), *Handbook of Population and Family Economics*, New York: Elsevier Science 1997.

Wortmann 2012

S.F.M. Wortmann, *Personen- en familierecht, commentaar op art. 158 BW*, Groene Serie Personen- en familierecht, Deventer: Kluwer 2012.

DEEL C
OVEREENKOMSTENRECHT

9 INFORMED CONSENT

De spanning tussen de juridische theorie en de medische praktijk

R.W.M. Giard

Een belangrijke taak van de rechtswetenschap is om vanzelfsprekend lijkende verworvenheden aan een kritisch onderzoek te onderwerpen.¹

SAMENVATTING

Artsen hebben een informatieplicht jegens hun patiënt want die dient weloverwogen toestemming te geven voor een medische interventie die risico's met zich brengt na adequaat geïnformeerd te zijn over de keuzemogelijkheden en de voor- en nadelen van elk van die verschillende opties. Is die regelgeving daadwerkelijk van invloed op het gedrag van artsen? Hebben juristen wel enige notie van de mogelijkheden, maar vooral van de beperkingen van intermenselijke communicatie? De vraag is of bij dit leerstuk de uitgangspunten juist zijn gekozen, of de juridische doelstellingen duidelijk en tegelijkertijd ook toetsbaar zijn, of de regelgeving praktisch werkbaar is voor de medische professionals. Bovendien is door de marktwerking de patiënt tot consument gebombardeerd en moet die ook nog de beste zorginstelling en de beste behandelaar kiezen.

Wanneer de rechter normatief moet oordelen of de informatieplicht door de arts wel voldoende werd nageleefd, moet deze rekening houden met uiteenlopende variabelen, zoals de communicatieve vermogens van de arts, de informatiewens en de cognitieve vaardigheden van de patiënt, kortom de harde realiteit? Deze rechtsfiguur ruikt erg naar de studeerkamer. In dit hoofdstuk worden de inhoudelijke en methodologische tekortkomingen van het leerstuk van de informed consent blootgelegd. Voor positieve gedragsbeïnvloeding van medische hulpverleners en juiste beoordeling van hun informatiegedragingen schiet het behoorlijk tekort.

1 INLEIDING

Ons bestaan als deelnemers aan een burgerlijke samenleving impliceert een voortdurend aangaan van transacties met anderen, formele en informele. Het burgerlijk recht bemoeit zich daarmee om optimale voorwaarden voor en rechtsbescherming bij dergelijke verbin-

¹ Smits 2006, p. 134.

tenissen te bieden. Geven de rechtsregels die de minimuminhoud van zo'n overeenkomst in de geneeskundige praktijk omschrijven de zorgvrager voldoende garantie dat deze niet achteraf voor onaangename en ongewenste verrassingen komt te staan? Telt een gewaarschuwd mens ook hier steeds voor twee? Dat geldt a fortiori als we te maken krijgen met afspraken waarbij we aan medici toestaan ons lichaam overigens met de beste intenties aan te tasten. Dit boek heeft als verbindend thema of dergelijke privaatrechtelijke regels wel voldoende aansluiten bij de maatschappelijke realiteit, of ze *ex ante* het gedrag van mensen op de gewenste wijze zullen sturen dan wel *ex post* geschikt zijn voor het toetsen en eventueel sanctioneren van gedragingen, toegespitst op het toestemmingsvereiste bij obligatoire meerzijdige overeenkomsten.

Dit speciale maar tegelijk ook controversiële medisch-juridische leerstuk van de *informed consent* (hierna: IC), in het leven geroepen ter bescherming van de gerechtvaardigde wensen zoals zelfbeschikking van elke patiënt, is bij uitstek een onderwerp dat zich voor een dergelijke beschouwing leent. Welke vooronderstellingen ten aanzien van het ideale gedrag van artsen én van patiënten liggen aan het gestelde doel van optimale communicatie ten grondslag? Kan de gewenste situatie ook steeds praktisch worden gerealiseerd? Beantwoording van dergelijke vragen over IC betekent een exploratie van de validiteit van de uitgangspunten, het conceptuele aspect, maar ook zowel het systematisch als multidisciplinair empirisch onderzoeken van de praktijk. Bij de behandeling van IC staat het begrip 'risico' centraal (par. 2), bij IC draait het om informatieverschaffing (par.3). Aan het gewenste gedrag van alle partijen bij het realiseren van IC liggen gedragspresumpties ten grondslag (par. 4) en vervolgens bespreek ik de juridische (par. 5), de psychologische (par. 6) en de filosofische fundering (par.7) van de IC. Dan komt de rechtspraktijk aan de orde (par. 8) en besluit ik met enkele overdenkingen (par. 9).

2 RUSSISCHE ROULETTE OF HOE OM TE GAAN MET RISICO'S

De term 'risico' impliceert volgens het woordenboek het gevaar schade of verlies, de gevaarlijke kans of kansen die zich bij iets voordoen. De context waarbinnen we deze term hanteren, is die van de gezondheidszorg. Maar de woordelijke betekenis en de context bevatten, is niet genoeg voor onze analyse.

2.1 Een sociologisch concept

We hebben het ook over een maatschappelijk fenomeen. Hoe ga je om met de gevaren en onzekerheden van de hedendaagse samenleving? De Duitse socioloog Ulrich Beck muntte

het begrip risicomaatschappij.² Weliswaar werden tal van menselijke beproevingen geëlimineerd, maar tegelijk ontstaan in onze samenleving steeds meer – andere en soms nog onbekende – risico's door nadelige effecten van wetenschap en technologie zoals die worden toegepast. Er is natuurlijk enerzijds bij de burgers behoefte aan vooruitgang en toename van hun materiele en immateriële welvaart, maar tegelijk afkeer voor de risico's die door deze nieuwe verworvenheden worden geïntroduceerd en dat creëert een spanningsveld. Als er zich dan toch risico's verwezenlijken, dan is dat weer een tekortschieten van degenen die dit hebben laten gebeuren. Deze sociologische dimensie van dubbelhartigheid is van belang bij onze analyse hoe het best om te gaan met de onvermijdelijke risico's binnen de gezondheidszorg.

2.2 Een epistemologisch concept

Er is ook een kennistheoretische dimensie. Waar een risico gesignaleerd wordt, is er sprake van onwetendheid, want we weten immers nog niet of iets naars nu wel of niet zal gaan gebeuren – dat constateren we pas na afloop. Het bijzondere – paradoxale eigenlijk – is dus dat kennis van risico's tegelijk een gebrek aan kennis is! De voorzienbaarheid is op zijn best een statistische grootheid – en die is per definitie onzeker. Dat maakt dit onderwerp bezien vanuit epistemologisch perspectief tegelijk boeiend en ingewikkeld.³ Dat heeft weer betekenis voor het behandelen van het juridische begrip IC, want daarin staat het omgaan met risico's van medische interventies centraal.

Wat is voor wat betreft de IC een bruikbare definitie van het begrip risico? In algemene zin, dus in een niet-technische context, betekent het woord 'risico' dat er situaties zijn waar het mogelijk maar niet zeker is, dat ongewenste gebeurtenissen zullen optreden, zoals hiervoor al aangegeven. Meer specifiek, dus in een technische context, zijn er verscheidene betekenissen denkbaar: (1) risico als een *ongewenste gebeurtenis* die wel of niet zal plaatsvinden, (2) risico als de *oorzaak* van een ongewenste gebeurtenis die wel of niet zal plaatsvinden, (3) risico als de *waarschijnlijkheid* van een ongewenste gebeurtenis die wel of niet zal plaatsvinden, (4) risico als de *statistischewaardering* (= kans x ernst) van een ongewenste gebeurtenis die wel of niet zal plaatsvinden en (5) risico als het feit dat een beslissing wordt genomen aan de hand van *bekende kansen*.⁴

De meest fundamentele tweedeling van het risicoconcept is het *objectieve* gezichtspunt, risico bepaald door concrete materiële factoren, tegenover het *subjectieve* gezichtspunt, risico als sociale constructie.⁵ Bij het objectieve gezichtspunt speelt waarschijnlijkheidsleer

² Beck 1986.

³ Hansson 2011.

⁴ Ibid.

⁵ Hansson 2010.

een centrale rol: we kunnen het risico omschrijven in termen van objectief waarneembare feiten die betrekking hebben op mogelijke uitkomsten en hun waarschijnlijkheden. Het evalueren van risico's door het combineren van waarschijnlijkheid met een effectmaat (de al genoemde statistische waardering) is in die benaderingswijze de meest betekenisvolle. De subjectieve benadering onthoudt zich van een dergelijke getalsmatige aanpak, maar legt meer de nadruk op relaties en wederzijds gedrag. Een andere formulering is dat het hier een tweedeling tussen feiten en waarden betreft. We zullen hierop nog terugkomen.

3 BEDOLVEN ONDER BYTES: DE INFORMATIEMAATSCHAPPIJ

Wanneer het bij IC draait om de goed geïnformeerde patiënt, is de centrale taak van de arts het op de juiste wijze communiceren van informatie op grond waarvan de patiënt weloverwogen keuzes kan gaan maken.

3.1 Keuzestress

Het recht van een patiënt op informatie over ziekte en voorgenomen interventies is inmiddels een klassiek recht, maar de laatste jaren is de context waarbinnen zich de gezondheidszorg afspeelt drastisch veranderd. Marktwerking⁶ is de mantra geworden en dat impliceert dat de patiënt tot cliënt is omgedoopt en nu nog uitgebreider moet gaan kiezen, want:

1. hij of zij moet kiezen in welke *zorginstelling* de behandeling moet gaan plaatsvinden;
2. hij of zij moet kiezen welke *arts* dat mag gaan doen;
3. hij of zij moet kiezen of en zo ja welke *interventie* door de behandelaar mag worden uitgevoerd.

De (armzalige) gedachte achter de marktwerking is dat die moet leiden tot concurrentie op kwaliteit en prijs en dat de cliënt daarom kan kiezen voor de beste prijs/kwaliteitsverhouding. De keuzestress voor de cliënt/patiënt is daarmee toegenomen en het is maar de vraag of die dat werkelijk als een verbetering zal zien en hoe realistisch de wetgever hierbij is. Voor een uitvoerige bespreking van de problematiek rond de eerste twee keuzemogelijkheden wordt naar Legemaate verwezen.⁷

⁶ Zie art. 40 lid 1 Wet marktordening.

⁷ Legemaate 2011.

3.2 *Het fundamentele recht op informatie*

De informatieplicht van de arts wordt in ons land gezien als het belangrijkste onderdeel van de in 1995 in werking getreden Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst.⁸ Ook andere landen kennen een dergelijke gecodificeerde plicht, bijvoorbeeld Frankrijk.⁹ In Nieuw-Zeeland heeft men speciaal de volgende patiëntenrechten geformuleerd:¹⁰

1. het recht om met respect behandeld te worden;
2. het recht om gevrijwaard te worden van dwang, pesterij, discriminatie of uitbuiting;
3. het recht op waardigheid en autonomie;
4. het recht op gezondheidszorg van voldoende kwaliteitsniveau;
5. het recht op effectieve communicatie;
6. het recht op volledige informatie;
7. het recht op het maken van een geïnformeerde keuze en het geven van bewuste toestemming;
8. het recht op ondersteuning;
9. het recht op respect bij medewerking aan klinisch onderwijs of wetenschappelijk onderzoek;
10. het recht om te kunnen klagen.

Dergelijke opsommingen van patiëntenrechten laten zien dat de grootste gemene deler is dat de patiënt zich op geen enkele manier vernederd, misleid of ergens toe gedwongen mag voelen. In de Nieuw-Zeelandse Code vormen de regels 5 tot en met 7 de juridische basis voor IC.¹¹ Aan medisch-ethische opvattingen over de arts-patiëntrelatie wordt op deze wijze juridisch handen en voeten gegeven. Deze positiefrechtelijke verwoording van patiëntenrechten heeft duidelijk een instrumentele bedoeling. In deze tamelijk abstracte rechtsregels herkennen we de hooggestemde juridische idealen (zie par. 4), maar we zullen ook zien dat er onmiskenbaar een spanningsveld bestaat tussen het juridisch ideaal en de medische realiteit.

3.3 *Informed consent: een begripsomschrijving*

Het kernachtige Angelsaksische begrip 'IC' vraagt een wat uitgebreidere Nederlandse omschrijving: het is het verkrijgen van de geïnformeerde toestemming van een patiënt voor het uitvoeren van een interventie bij hem of haar. Binnen de geneeskunde is dit begrip

⁸ Hendrix & Akkerman 2007, p. 498.

⁹ Zoals in de Franse Code Civil in het Contrat médical, 'Consentement et information du patient', art. L-1111-1 e.v.

¹⁰ The Code of Health and Disability Services Consumers' Rights, Nieuw Zeeland 2004.

¹¹ Manning 2004, p. 181 e.v.

niet alleen van toepassing op de curatieve zorg, maar ook op het medisch-wetenschappelijk onderzoek¹² en op het gebruik van lichaamsmaterialen voor andere doeleinden dan waarvoor het werd afgenomen. Alhoewel bij deze drie verschillende applicaties van dit begrip de ethische grondslag – het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt – centraal staat, is de regelgeving voor elk van deze drie toepassingsgebieden verschillend. In de rest van dit hoofdstuk zal ik me vooral richten op de IC bij de ‘gewone’ medische zorg.

In essentie gaat het hier om op rationele wijze om te gaan met mogelijke nadelige effecten van medische interventies, om risicomangement dus. Essentiële elementen van een zorgvuldig uitgevoerde procedure van geïnformeerde toestemming zijn bijgevolg:¹³

- er wordt uitleg gegeven over nut en noodzaak van de voorgestelde medische interventie;
- de potentiële risico’s in relatie tot de veronderstelde voordelen van de ingreep worden geïnventariseerd;
- de mogelijke alternatieven en hun respectievelijke voor- en nadelen worden besproken (waaronder ook het achterwege laten van de interventie);
- de competentie van de patiënt om dit alles te kunnen begrijpen wordt gewogen;
- er wordt gecontroleerd of de patiënt het ook daadwerkelijk begrepen heeft, waarbij ook de mogelijkheid voor deze om vragen te kunnen stellen belangrijk is;
- er is (meestal) documentatie beschikbaar, hetzij in gedrukte vorm, hetzij online, zodat de patiënt en diens naasten alles achteraf thuis nog een keer rustig kunnen nalezen.

Het in praktijk brengen van dit recht op informatie heeft voor het gedrag van arts en patiënt ten minste de volgende betekenissen:¹⁴

- Het zorgvuldig verstrekken van informatie getuigt van respect voor de patiënt.
- De patiënt moet zijn of haar gezondheidstoestand kunnen begrijpen, zodat hij of zij daarover verantwoorde beslissingen kan nemen.
- Door de patiënt goed te informeren en hem bij de besluitvorming over diagnostische onderzoeken en therapeutische interventies te betrekken, helpt dat de communicatie tussen arts en patiënt te optimaliseren. Een open houding van beide partners in de arts-patiëntrelatie is van groot belang.
- Verondersteld mag worden dat een goed geïnformeerde patiënt beter gemotiveerd zal zijn om de door de arts voorgestelde behandeling te volgen, waardoor er een grotere kans is van slagen van de therapie.
- Het stelt de patiënt in staat tijdig bepaalde zaken te regelen of over te dragen, dan wel om afscheid te nemen van naasten en bekenden.

12 Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, 26 februari 1998.

13 Alderson 1998.

14 Legemaate 2006, p 31.

In Nederland is de IC momenteel nog wettelijk omschreven in art. 7:448 BW jo. 7:450 BW (zie par. 3.4 hierna). Mocht de patiënt te kennen geven geen inlichtingen te willen ontvangen (de exceptieregel), dan biedt art. 7:449 BW de arts de mogelijkheid die informatie niet te verstrekken, tenzij het belang dat de patiënt daarbij heeft niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor hemzelf of anderen kan voortvloeien. Aan deze artikelen inzake IC liggen verdragsbepalingen zoals art. 8 EVRM (recht op privéleven) en grondwettelijk gewaarborgde rechten, zoals art. 10 (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) en art. 11 Gw (onaan-tastbaarheid van het lichaam) ten grondslag.

Bij het onderzoek naar naleving van deze plicht is het niet zozeer het ‘doen’ van de aanbieder, maar juist diens mogelijk nalaten om voldoende openheid van zaken te geven dat centraal staat.¹⁵ De adequaat geïnformeerde afnemer van een goed of een dienst kan een beredeneerde keuze maken om een transactie wel of niet aan te gaan: zo is er keuzevrijheid.¹⁶ De consequentie van deze juridische inmenging in de medische praktijk is tweërlei: de wederzijdse verantwoordelijkheden van arts én patiënt dienen te worden omschreven, maar tegelijk ook te worden begrensd!

3.4 *Wet cliëntenrechten zorg*

De rechten van de afnemers van medische zorg enerzijds, de cliënten, en anderzijds de bijbehorende verplichtingen voor zorgverleners en -aanbieders zijn momenteel in verschillende wetten vastgelegd, met name het Burgerlijk Wetboek (titel 7, afdeling 1 (opdracht) en afdeling 5 (De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling)), de Wet Klachtrecht cliënten zorgsector en Wet cliëntenrechten zorg, Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen en de Kwaliteitswet zorginstellingen. De politiek wilde daar meer eenheid in brengen door middel van een ‘totaalwet’ om de inzichtelijkheid en toegankelijkheid van patiëntenrechten te vergroten en de afdwingbaarheid daarvan te waarborgen.¹⁷ Zo ontstond het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (Wcz).¹⁸ Hierin worden zeven rechten samengebracht: (1) het recht op beschikbare en bereikbare zorg, (2) op keuze en keuze-informatie, (3) op kwaliteit en veiligheid, (4) op informatie, toestemming, dossiervorming en privacy, (5) op afstemming tussen zorgverleners, (6) op een effectieve en laagdrempelige klacht- en geschilbehandeling en (7) op medezeggenschap en goed bestuur.

De IC is nu opgenomen in hoofdstuk 3 van het wetsontwerp. In artikel 13 worden de in paragraaf 3.1 genoemde keuzes over het expliciet maken van de kwaliteit van zorg, een

¹⁵ Zie over dit nalaten: Van Andel 2005, p. 169 e.v. en recent ook Tjong Tjin Tai 2007, p. 2540 e.v.

¹⁶ Zie ook Barendrecht & Van den Akker 1999, p.13 en voorts Hardy 2004, p. 22-23.

¹⁷ Hendriks 2010.

¹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 2. Op het moment van schrijven was nog niet bekend wanneer deze wet in werking zal treden.

recht op overleg. Het recht op informatie over diagnostiek en behandeling, de IC in engere zin, komt aan bod in lid 1 van artikel 14:

‘1. De cliënt heeft jegens de zorgaanbieder recht op overleg over zijn behoefte aan zorg, de inhoud en de wijze van verlening van de aangeboden zorg, en voorts over de termijn waarop deze kan worden verleend en de verwachte tijdsduur ervan.’

Vergeleken met artikel 7:448 is de tekst van lid 1 van artikel 14 en lid 2 meldt in identieke bewoordingen:

‘2. De omvang van de informatie wordt bepaald door hetgeen de cliënt redelijkerwijs dient te weten ten aanzien van:

- a. de aard en het doel van de zorg die de zorgaanbieder kan verlenen en van de uit te voeren handelingen;*
- b. de te verwachten gevolgen en risico's van de zorg voor de gezondheid van de cliënt;*
- c. andere vormen van zorg die in aanmerking komen;*
- d. de staat van en de vooruitzichten met betrekking tot diens gezondheid in relatie tot de te verlenen zorg.’*

Ondanks gesignaleerde praktische problemen wat betreft het realiseren van IC in de praktijk, vond er geen nadere precisering daaromtrent van de wetsteksten plaats. Het bepaaldelijk niet onproblematische precontractuele recht op informatie blijft gebrekkig uitgewerkt, ook in deze nieuwe wetgeving.¹⁹

3.5 *De begrenzing van informed consent*

Hoe ver reikt deze informatieplicht? De praktijkjurist zal naar aanleiding van letselschade *achteraf* geconfronteerd worden met de vraag of aan de informatieplicht werd voldaan, terwijl de behandelaar *vooraf* dient te weten waar hij/zij juridisch op afgerekend zou kunnen worden. Wat een patiënt redelijkerwijs zou dienen te weten, kan slechts in een open rechtsnorm worden verwoord; er is dus niet met precies geformuleerde regels en/of met nauwkeurig omschreven risicopercentsages te werken. In Australië heeft het *High Court* voor de rechtspraktijk enkele globale richtlijnen gegeven en in de eerste daarvan zien we

¹⁹ Hendriks 2010, p. 614.

het eerder genoemde statistische risicoconcept, waarbij de kans op en de ernst van het risico tegelijk worden gehanteerd:²⁰

- De aard van de feiten: hoe waarschijnlijker of hoe ernstiger het gevolg, des te belangrijker de informatie.
- De aard van de interventie: meer complexe interventies vragen om meer uitleg.
- De behoefte aan uitleg van de patiënt: door vragen te stellen maakt de patiënt duidelijk behoefte aan informatie te hebben.
- Het temperament en de gezondheidstoestand van de patiënt: angstige en/of zieke patiënten ervaren risico's als meer bedreigend.
- De medische context: de informatiebehoefte bij electieve ingrepen ligt anders dan bij spoedeisende.

Over risicomanagement gesproken: er zijn risico's die inherent zijn aan de ziekte, maar ook risico's die eigen zijn aan de bekwaamheden van de arts. Daarom is, zoals ik hiervoor al aangaf, nog een andere dimensie aan het IC-vraagstuk toegevoegd: weet ik wel of deze arts bekwaam genoeg is om mijn medische probleem op te lossen? Die vraag heeft twee aspecten. In de eerste plaats worden pas afgestudeerde basisartsen in de praktijk opgeleid voor een meer gespecialiseerde functie binnen de gezondheidszorg. Daarmee wordt een patiënt blootgesteld aan de risico's van diens onervarenheid, zeker als buiten kantooruren diensten voornamelijk worden gedraaid door arts-assistenten.²¹ Is de patiënt daarvan op de hoogte? Worden die risico's wel voldoende afgedekt? Heeft de patiënt hier eigenlijk wel een geïnformeerde keuze? Iedere arts moet kunnen werken aan diens 'leercurve'.

Wanneer is een patiënt adequaat geïnformeerd? Is het proces van IC wel concreet te normeren? En zo ja, met welke methoden kunnen we dat dan vaststellen? Weten we wel voldoende welke inhoudelijke, psychologische en communicatieve factoren bepalend zijn voor het welslagen van het IC-proces? In hoeverre zijn emotionele en cognitieve factoren gunstig te manipuleren, zodat het IC-proces erdoor verbetert? Dergelijke vragen liggen voor een belangrijk deel op het terrein van de psychologie, vooral ook de psychometrie. Bij de juridische ijver om langs de weg van regulering IC te realiseren, ontkomt men niet aan deze psychologische dimensie, maar voor die aspecten lijken de wetgevingsjuristen angstvallig weg te duiken. Die psychologische dimensie betekent niet alleen het doen van inventariserend onderzoek, maar ook het doen van – experimentele – empirische studies om het proces van IC daadwerkelijk te kunnen begrijpen én verbeteren. Bij de verdere uitwerking hierna komen we op deze punten terug.

²⁰ High Court of Australia, *Rogers v. Whitaker* (1992) 175 CLR 479 F.C. 92/045.

²¹ *Chiong* 2007, p. 1046 e.v.

4 GEDRAGSPRESUMPTIES: HET IDEALE GEDRAG BIJ IC

De rechtsregels over IC beschrijven een ideale situatie gebaseerd op de veronderstelling dat zowel hulpvrager als hulpverlener daarvoor over voldoende communicatieve, cognitieve en emotionele eigenschappen beschikt en zich daarnaar ook gedraagt. Dat zijn:

Vanuit de invalshoek van de patiënt:

- Iedere patiënt wenst uitdrukkelijk zelf over zijn/haar lot te beslissen.
- Iedere patiënt is in staat de (mondeling) aangeboden informatie te onthouden én te verwerken.
- Iedere patiënt is in staat de gevolgen van verschillende alternatieven te overzien en te waarderen.
- Iedere patiënt is in staat op verstandige wijze zijn/haar beslissingen te nemen.
- *Vanuit de invalshoek van de hulpverlener:*
 - De hulpverlener is in staat de wilsbekwaamheid van de patiënt te beoordelen.
 - De hulpverlener is in staat de informatiebehoeften van de patiënt in te schatten.
 - De hulpverlener is in staat de emotionele toestand van de patiënt te beoordelen.
 - De hulpverlener is in staat om, rekening houdende met het kennis- en ontwikkelingsniveau van de patiënt, de situatie duidelijk uiteen te zetten.
 - De hulpverlener is in staat te beoordelen waar zijn/haar grenzen wat betreft kennis en/of vaardigheden voor de oplossing van het specifieke probleem liggen.

Deze ideaaltypische benadering van IC, overdacht vanuit een comfortabele bureaustoel in de studeerkamer, vraagt om toetsing aan de medische én de juridische realiteit. Dit confronteert ons met basale epistemologische vragen: wat denken we te weten van die praktijk van IC? Wat zouden we er allemaal van moeten weten? En vooral: wat kunnen we werkelijk praktisch te weten komen? We gaan op onderzoek naar funderende principes en praktische vormgeving.

5 DE JURIDISCHE FUNDERING: OBLIGATOIRE OVEREENKOMSTEN

Zijn de grondslagen, doelstelling en toepassingen van het leerstuk van de informatieplicht aan alle partijen die met deze problematiek te maken krijgen voldoende duidelijk? Zijn de doelstellingen van wetgeving inzake de informatieplicht wel concreet genoeg en worden die vervolgens dan ook gerealiseerd? Zijn er vergeten gebieden? Hebben juristen wel voldoende rekening gehouden met de niet-juridische dimensies van deze kwestie?

Bij iedere (koop)overeenkomst zijn steeds twee partijen betrokken: een aanbieder en een afnemer. De op elkaar aansluitende wilsverklaringen van contractpartijen doen tussen

hen rechtsgevolgen ontstaan. Het Romeinse recht kende al de stelregel *emptor debet esse curiosus*, de koper dient nieuwsgierig te zijn. Partijen werden, alvorens de transactie plaatsvond, zelf verantwoordelijk geacht voor het inwinnen van de benodigde informatie.

De zeventiende-eeuwse Franse jurist Antoine Loisel schreef: '*Il y a plus de fols acheteurs que de fols vendeurs*' om daar nog aan toe te voegen: '*Qui vend dict le mot*'.²² De verkoper verkeert ten opzichte van de koper in een voordeliger situatie. De afgelopen decennia is de rechtswetenschap zich meer en meer gaan buigen over die kwetsbare positie van de klant. Door de plichten van aanbieders jegens afnemers te omschrijven en de rechten van de afnemers duidelijker te maken en te beschermen, probeert men deze onbalans te corrigeren.

De doctrine van informatieplichten kunnen we op uiteenlopende manieren indelen: naargelang de fase van de overeenkomst, het type overeenkomst en de inhoud van de informatie:

- *Stadia*: er zijn verschillende stadia bij obligatoire overeenkomsten en dus kunnen drie momenten worden onderscheiden waarop het verstrekken van inlichtingen aan de wederpartij nodig kan zijn: vóór het sluiten (precontractueel), tijdens de uitvoering (contractueel) of na de uitvoering (postcontractueel). De precontractuele informatieplicht weegt zwaar, omdat die bepalend is voor de totstandkoming van de overeenkomst en relateert aan het klassieke leerstuk van de wilsvorming en -gebreken.
- *Soort*: er is een wezenlijk verschil tussen overeenkomsten ter zake van koop en van advies.²³ Bij koop is de positie van de consument niet alleen op grond van algemene wetgeving in de Boeken 3 en 6 van het BW juridisch ingekaderd, maar er is ook uitgebreide speciale consumentenwetgeving en recent werd de Consumentenautoriteit in ons land geïnstalleerd.²⁴ Bij dienstverlening is de gang van zaken anders dan bij koop; niet alleen is de situatie dynamischer en langduriger, maar vaak ook complexer. De informatieplicht is hier dan ook veelomvattender, niet alleen bij de totstandkoming van de verbintenis (wilsvorming), maar ook tijdens de uitvoering en veelal ook na het leveren van de prestatie.²⁵
- *Strekking*: qua inhoud is de volgende driedeling wat betreft informatie mogelijk: de mededelingsplicht, de waarschuwplicht en het advies.²⁶

Gezien deze verschillende mogelijke hoedanigheden is het begrip 'informatieplicht' meervoudig. Steeds dient nader aangegeven te worden waartoe de informatie dient en wat de aard ervan is.

²² Geciteerd in Marsaux 2000, p. 15.

²³ Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 5.

²⁴ Zie voor een overzicht Hondius 2006, p. 1811-8121.

²⁵ Zie daarover uitgebreid Barendrecht & Van den Akker 1999.

²⁶ Zie Hardy 2004, p. 21.

Als gevolg van de complexiteit van het begrip informatieplicht is het maar de vraag of zowel aanbieders als afnemers van zorg wel voldoende overzien welke informatieplichten er concreet gelden en hoever die reiken. Qua systematiek wordt de logische gelaagde structuur van het BW aangetast, worden de funderende rechtsbeginselen en -artikelen soms onvoldoende gevolgd. Consumentenvermogensrecht en ondernemingsvermogensrecht lopen deels door elkaar en vaak uit de pas. Er is daarom ook voor gepleit de rechtsmaterie (weer) onder te verdelen in het vermogensrecht voor natuurlijke personen enerzijds en het vermogensrecht voor ondernemingen anderzijds.²⁷ Naast deze overwegingen dient wetgeving ook getoetst te worden aan de criteria zoals geformuleerd in de nota 'Bruikbare rechtsorde'.²⁸ Daarmee wordt aangegeven dat qua structuren en processen bij IC eisen dienen te worden gesteld.

Waar juristen bij het aangaan van verbintenissen informatieplichten formuleren, begeven zij zich ook op economisch terrein, want informatie, wilsvorming en marktwerking kunnen niet los van elkaar gezien worden. Als keuzevrijheid van de afnemer een te beschermen belang is, krijgt die te maken met verschillende typen keuzes waarvoor uiteenlopende rechtsregels over informatieplicht gelden. Ik vermeldde hiervoor al de nieuwe wetgeving Wcz daarover. Zo kan de patiënt kiezen voor de goedkoopste en/of beste zorg; dat is een keuze voor een onderneming.

6 DE PSYCHOLOGISCHE FUNDERING

De instemming met het aanbod is geldig wanneer (1) volledige informatie werd verschaft, (2) de toestemming zonder enige vorm van dwang werd gegeven en (3) de persoon in staat was op adequate wijze een beslissing te nemen.²⁹ Deze algemeen gestelde voorwaarden zijn plausibel, maar bij nadere beschouwing dienen zich een aantal fundamentele vragen aan, zeker als vanuit juridisch oogpunt niet alleen de procedure van IC geoptimaliseerd moet worden, maar tevens normatief beoordeeld.

6.1 *Informatiebehoefte*

Wat zijn de psychologische behoeften van de patiënt? Niet iedere mens wil alles weten en/of zelf de beslissingen over medische interventies nemen. In de psychologie bestaat de tweedeling tussen enerzijds *monitors*, de informatiebehoeftege patiënten, en anderzijds de *blunters*, informatiemijdende patiënten. Het onderscheid tussen deze twee categorieën

²⁷ Van Boom 2003, p. 305-306.

²⁸ Sociaal-Economische Raad 2005, publicatienummer 11.

²⁹ Eyler & Jeste 2006, p. 554.

patiënten lijkt vooral te maken te hebben met hun persoonlijkheidstype en is dus minder situatief bepaald. De praktisch-juridische implicatie van dit onderscheid is dat monitors snel ontevreden zijn over de informatie die hen wordt aangereikt door artsen. Bij de informatieverschaffing blijkt dit omgangsgedrag van belang. De patiënten zijn emotioneel beter af als de informatievoorziening wordt toegesneden op hun manier van omgaan met moeilijke situaties.³⁰ Voor de rechter is het ook van belang om te beoordelen tot wat voor type de klagende patiënt behoort.³¹

6.2 *Cognitieve aspecten*

De verstrekte informatie moet door de patiënten worden verwerkt, begrepen én onthouden. Deze cognitieve capaciteiten verschillen van patiënt tot patiënt door verschillen wat betreft sekse, leeftijd en opleidingsniveau. Ze worden bovendien ook nog door angst en stress verminderd. Bij personen met een hoge leeftijd en/of lage opleiding, die ruim vertegenwoordigd zijn binnen de patiëntenpopulatie, blijkt de informatieoverdracht vooral minder effectief.³² De geneeskundige geletterdheid ('*health literacy*') blijkt een cruciale factor voor het welslagen van de communicatie. Onderzoek naar hoeveel van de door de arts gegeven feitelijke informatie ook daadwerkelijk bij de patiënt is overgekomen, laat zien dat dit vaak maar de helft of minder is.³³ Naast de vraag of de gegevens wel bij de patiënt zijn 'geland', is er nog de kwestie of de werkelijke betekenis ervan wordt doorgrond. Overschat of onderschat iemand de betekenis van een waarschuwing voor een complicatie van een ingreep of dringt dat bewustzijn pas echt door als die ongewenste verwikkeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden? Voor zover empirisch onderzoek naar deze kwestie mogelijk is, lijken patiënten de betekenis van een waarschuwing vooral te onderschatten. Voor artsen is het spectrum van complicaties een ervaringsfeit, de patiënt heeft daar (nog!) geen weet van.³⁴

6.3 *Communicatievaardigheden hulpverlener*

Voor het uiteindelijke succes van de informatie-uitwisseling zijn de communicatieve vaardigheden van beide kanten van betekenis. Maar vooral die van de arts zijn bepalend en staan ook centraal bij de rechtsvraag inzake tekortschieten wat betreft de waarschuwings-

³⁰ Miller 1991.

³¹ Soms ziet men in arresten deze overweging of iemand een 'monitor' is expliciet worden gemaakt. Vgl. rov. 7 en 14-23 van *Chester v. Afshar* [2002] EWCA Civ 724.

³² Davis et al. 2003.

³³ Chapman et al. 2003.

³⁴ Zie ook Habiba 2004, Akkad 2006, Enttwistle 2006.

plicht.³⁵ Het verbaal maar vooral ook non-verbaal gedrag van hulpverleners bepaalt hoe comfortabel de patiënt zich voelt en wat hij durft te vragen.

Vrijwel altijd weet de patiënt veel minder van het probleem dan de arts en in die situatie van informatieongelijkheid zal de dokter dus zorgvuldig moeten sonderen wat de patiënt al weet, wat hij wil weten en wat deze kan bevatten. Cruciaal voor de communicatie is of de arts de informatiebehoefte van de patiënt juist blijkt in te schatten. Lukt dat niet, dan raakt de patiënt gefrustreerd en wordt diens onzekerheid over de afloop van zijn/haar ziekte en behandeling vergroot. Dat werkt door in het sociale netwerk van de patiënt.

6.4 *Het perspectief van de patiënt*

De communicatie speelt zich steeds af binnen de socioculturele context van de patiënt. Die bepaalt enerzijds het gedrag van de patiënt en anderzijds de beschikbaarheid van informatiebronnen. Maar wat willen patiënten weten? Is het wel mogelijk op die vraag in generaliserende termen te antwoorden? Lang niet alle hulpvragers willen goed geïnformeerd zijn over mogelijke risico's. Zij leggen hun lot helemaal in handen van hun dokter. Maar hoe vaak komt dat voor?

Een interessant empirisch onderzoek over de behoefte kennis te nemen van mogelijke neurologische risico's³⁶ bij hartoperaties maakte duidelijk dat een groot deel van de patiënten daarvan niet wilde weten: 42% wenste geen enkele informatie over mogelijke risico's, de helft wilde niet horen van de mogelijkheid te overlijden aan de gevolgen van de ingreep en ruim de helft wenste onwetend te blijven over de kans op blijvende neurologische schade.³⁷ Dergelijke uitkomsten lijken de gedragspresumpties van gezondheidsjuristen te ondermijnen.

De laatste jaren maakt het begrip 'redelijke patiënt' opgang.³⁸ Het is niet (meer) reëel om de verantwoordelijkheid voor de informatieverschaffing geheel bij de behandelaar te leggen. De afgenomen machtsafstand tussen arts en patiënt met de opkomst van de mondige burger en diens gemiddeld steeds betere opleiding betekent dat patiënten zelf op zoek gaan naar informatie, vaak al voor het doktersbezoek. Beschikbare bronnen zijn foldermateriaal van patiëntenverenigingen, het internet, zelfhulpboeken, tijdschriften, enzovoort. Het is daarom niet meer ongebruikelijk dat de patiënt bij de dokter uitgeprinte informatie achterlaat met het verzoek hierover een oordeel te willen geven. Uitzondering of regel?

35 Een belangrijk psychologisch begrip hierbij is de emotionele intelligentie. Daarover Goleman 2007.

36 Patiënten lopen namelijk een reëel risico op een beroerte tijdens of vlak na de operatie.

37 Beresford et al., 2001, p. 626 e.v.

38 Engels: the reasonable patient.

7 DE FILOSOFISCHE FUNDERING

Als ethische grondbeginselen de basis vormen voor het juridische leerstuk van IC, deelt iedereen dan ten volle de opvattingen over de inhoud en de betekenis ervan?³⁹ Een eerste verkenning toont al dat er uiteenlopende onderliggende theorieën bestaan, bijvoorbeeld:⁴⁰

- als positivistische constructie, dat wil zeggen puur de feitelijke uitwisseling van informatie;
- als sociale constructie: een complex proces tussen betrokkenen gebaseerd op begrip en vrijwilligheid;
- functioneel: het proces eenvoudig gezien als een formaliteit;
- kritische theorie: als vitale bescherming van de patiënt tegen nodeloze schadelijke interventies;
- postmodern: de tot verwarring aanleiding gevende positie van de patiënt als consument, omdat het kunnen kiezen belangrijker lijkt dan de opties waaruit kan worden gekozen.

De regelgeving omtrent IC is sterk geworteld in de moraalfilosofie. De afgelopen decennia heeft IC een steeds prominentere plaats gekregen binnen de medische ethiek. De daarover gepubliceerde artikelen zijn qua aantal dan ook talrijk, maar qua inhoud vaak zichzelf herhalend.⁴¹ Centraal staat de leerstelling van de autonomie van de patiënt. Iedere arts dient de persoonlijke keuzes van de patiënt, die gebaseerd zijn op adequate informatie, te respecteren. Maar ook over het begrip ‘autonomie’ bestaan uiteenlopende opvattingen. Men kan autonomie bijvoorbeeld onderscheiden in een persoonlijke en een epistemische.⁴² Een epistemisch autonome beslissing is er een die ik geheel zelf neem zonder het advies van anderen, terwijl bij persoonlijke autonomie wél het advies van experts wordt betrokken. Sommige gezondheidsjuristen voelen het meest voor epistemische autonomie.

O'Neill vraagt zich af of het werkelijk zal helpen als we ons druk maken over verschillende interpretaties van het begrip autonomie.⁴³ Onder verwijzing naar de Code van Neurenberg (1947) legt zij minder het accent op de autonomie van het individu, maar meer op het realiseren van de morele doelstelling van keuzevrijheid en vrijwilligheid. Dat is ook terug te vinden in artikel 5 van het Verdrag inzake de mensenrechten en biogeneeskunde.⁴⁴ Niet alleen door O'Neill, maar ook door anderen wordt de vraag gesteld: is het sterke accent op autonomie filosofisch wel goed te verdedigen?⁴⁵ Daarmee komt autonomie

39 Jones 1999, p. 103.

40 Alderson & Goodey 1998.

41 O'Neill 2004, 1133.

42 Clarke 2002, p. 35.

43 O'Neill 2004, p. 273-274.

44 Dit verdrag is wel door Nederland ondertekend, maar is nog niet geratificeerd.

45 Wilson 2007, p. 353 e.v.

als funderend principe ter discussie te staan, niet in de laatste plaats omdat er meerdere duidingen aan dit begrip kunnen worden gegeven.

Zonder ons al te zeer over de discussie rond het begrip autonomie te bekommeren, is dit toch het essentiële juridische vertrekpunt: de patiënt moet voldoende ruimte krijgen, diens gedragingen mogen door hulpverleners op geen enkele wijze worden ingeperkt. En daarmee zijn we aangeland bij de vermogensrechtelijke regelgeving: er is regulering nodig van informatieverstrekking en aansluitende beslisprocessen inzake medische interventies om te voorkomen dat de patiënt zichzelf en eventueel ook anderen schaadt met diens keuze.

Maar de positie die gezondheidsjuristen aldus hebben ingenomen, maakt tegelijk hun zwakte duidelijk: het draait niet om een puristische vermogensrechtelijke transactie, maar om menselijke – en dus emotionele – interactie met alle merkwaardigheden én beperkingen van dien, de psychologische wetmatigheden. De individuele autonomie – ‘ik beslis er alleen zelf over’ – is te veel de grondslag voor regelgeving geweest, een gedragspresumptie voortkomend uit de bevlogenheid van een groep gezondheidsjuristen de patiëntenrechten eindelijk eens goed te willen regelen.

Naast deze filosofisch-ethische overwegingen over de gedragsruimte voor de patiënt valt er vanuit civielrechtelijk perspectief een reëel probleem te signaleren. Afnemers van diensten van bijvoorbeeld artsen, advocaten, notarissen en banken hebben vaak te maken met informatieasymmetrie: de expert weet veel meer van het probleem dan de cliënt. Zo is die informatieplicht er als ongelijkheidscompensatie.⁴⁶ Dat brengt ons bij de juridische invalshoek.

De handelwijze van de goed geïnformeerde zorgvrager heeft gevolgen voor de hulpverlener, zowel praktisch als psychologisch. Het legt extra beslag op diens tijd (meer uitleg, meer discussie, materiaal om te lezen) en sommige artsen hebben het gevoel dat hun autoriteit in twijfel wordt getrokken. De paternalistische houding van enkele decennia geleden heeft plaatsgemaakt voor meer een ‘onderhandelingshuishouding’ in de spreekkamer. Wederom geeft dit aan dat de veronderstellingen over zelfbeschikkingsrecht en patiëntenautonomie niet (meer) realistisch zijn.

8 DE RECHTSPRAKTIJK

8.1 *Effectuerend privaatrecht*

Hoe komt een praktijkjurist in aanraking met de problematiek rond IC? Dat is alleen wanneer er zich bij een ingreep een risico heeft verwezenlijkt en de zich gedupeerd voelende

⁴⁶ Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 13 e.v.

patiënt de hulpverlener of het ziekenhuis juridisch ter verantwoording roept. Maar dan bevinden we ons in een situatie *after the fact*, een patiënt is al geconfronteerd met een onverwachte en ongewenste situatie. Bij een medisch bedrijfsongeval rijzen er steeds twee verschillende vragen. Ten eerste: schoot de arts tekort in zijn of haar zorgplicht? Ten tweede: was de patiënt tevoren op de hoogte gebracht van de mogelijke risico's en bestond er een reële keuzemogelijkheid? Bij de IC-problematiek bevinden we ons in het tweestromenland van aansprakelijkheids- en contractrecht.

Ook al zijn er voor IC rechtsregels die gewenst gedrag beschrijven, er is geen universeel handhavingsbeleid waarbij medische hulpverleners min of meer systematisch gecontroleerd worden op naleving. Het tekortschieten van artsen wat betreft hun informatieplicht kan dus – ongestraft – plaatsvinden zolang de medische interventie geen complicaties oplevert of als de patiënt niet klaagt. Er wordt door artsen dan ook wel enigszins cynisch gesteld dat de introductie van IC de patiënt een extra mogelijkheid voor verzekering tegen complicaties biedt. Maar wat weten we over de naleving van de informatieplicht? Hoe doen artsen dat in de dagelijkse praktijk en hoe ervaren patiënten dat? Is daar empirisch onderzoek naar verricht? Zijn rechterlijke beslissingen van invloed op het gedrag van hulpverleners? We treffen hier het thema van effectuerend privaatrecht.⁴⁷ Het zijn allemaal praktische kwesties, die om antwoord vragen.

8.2 *Normstelling als het leed geleden is*

Een man ondergaat een operatie voor het behandelen van een aneurysma van de aorta.⁴⁸ Na de operatie kan hij zijn benen niet meer bewegen, hij heeft een dwarslaesie gekregen, een bekende maar weinig frequente complicatie van deze ingreep die bij ongeveer 1 op de 1000 geopereerde patiënten optreedt.⁴⁹ De rationele perceptie van het risico vóór de operatie is volstrekt anders dan de emotionele beleving na de ingreep als blijkt dat het bijzonder zeldzame risico zich toch heeft verwezenlijkt.

Het is instructief voor juristen om kennis te nemen van de psychologische inzichten omtrent het verwerken van persoonlijke calamiteiten. In 1986 beschreven Kahneman en Miller hun *norm theory*.⁵⁰ Wanneer alles in de wereld goed gaat, dan is dat ook omdat het gewoon zo hoort, maar als er iets verkeerd gaat en je daardoor als persoon (letterlijk) getroffen wordt, dan hoort dat niet en construeert het slachtoffer ad hoc een norm die jegens hem of haar werd geschonden. Met dit fenomeen dient de rechter rekening te houden, want het speelt ook een rol bij de discussie over en de rechtsstrijd betreffende IC.

⁴⁷ Daarover Van Boom 2007, p. 982 e.v.

⁴⁸ Een ziekelijke verwijding van het bloedvat door aderverkalking.

⁴⁹ Zie Legemate & Legemate 2010.

⁵⁰ Kahneman & Miller 1986, p. 136 e.v.

Wie als patiënt een ongewenste afloop van een interventie aan den lijve ondervindt, krijgt te maken met dit reactiepatroon: zo hoort het niet, dit had niet mogen gebeuren. De koele rationaliteit van de wet en de vaak heftige emoties van de praktijk, twee verschillende werelden. Bovendien kan dan ook nog de fundamentele attributiefout in werking gaan treden.⁵¹

8.3 *Een vergeten gebied: de expliciete vaststelling van de wils(on)bekwaamheid*

Bij de totstandkoming van de behandelovereenkomst dient de arts te beoordelen of de patiënt wel handelingsbekwaam is. Immers, de verkregen toestemming is pas valide als adequate informatie werd verstrekt aan een wilsbekwame patiënt die vervolgens in vrijheid mag beslissen om zich wel of niet te laten behandelen. In wettelijke zin is iemand handelingsonbekwaam bij minderjarigheid ex artikel 1:234 lid 1 BW⁵² of indien onder curatele gesteld ex artikel 1:381 lid 2 BW, maar we hebben het binnen deze medische context over een andere, meer praktische, inhoud.

Recent heeft Appelbaum aandacht gevraagd voor de medische dimensie van de wils(on)bekwaamheid. Om goede beslissingen te kunnen nemen, dienen de cognitieve functies bij de patiënt voldoende intact te zijn. Empirisch onderzoek heeft echter uitgewezen dat bij tal van medische condities de cognitieve vermogens van de patiënt duidelijk kunnen zijn verminderd, soms tijdelijk, soms blijvend.⁵³ In het geval van een reeds bekende dementie zal die afname op voorhand duidelijk zijn, maar dementie wil overigens niet per definitie zeggen: volledig onbekwaam om over medische interventies te oordelen. En hoe zit het met beginnende en/of nog niet als zodanig herkende dementering?

Belangrijker is dat ziekteprocessen zelf tot – meestal tijdelijke – afname van de begrips- en oordeelsfunctie kunnen leiden en dat die verminderde capaciteiten lang niet altijd herkend worden door behandelaars. Bij acute aandoening kan sprake zijn van sufheid, shock en verwardheid. Medicamenteuze behandeling, vooral pijnstilling, is daarbij ook van grote invloed. Met name oudere patiënten met meerdere ziektes en medicamenten tegelijkertijd zijn in dit cognitieve opzicht kwetsbaar.

Nog een ander aspect: emoties ten gevolge van de ziekte. Bij levensbedreigende aandoeningen (kanker!) spelen alle existentiële emoties die het goed psychisch functioneren kunnen ondermijnen. Chronische pijn werkt ook psychologisch ontwrichtend: alles is goed, als die snertpijn maar verdwijnt!

51 Zie de bijdrage van Giesen hierover elders in dit boek.

52 In art. 7:447 lid 1 BW wordt een minderjarige vanaf de leeftijd van 16 jaar bekwaam beschouwd tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst.

53 Appelbaum 2007, p. 1834 e.v.

Appelbaum stelt dat het vaststellen van de capaciteiten van de patiënt om tot weloverwogen beslissingen te komen tot de intrinsieke aspecten van elk arts-patiëntcontact behoort, maar constateert tegelijk dat dit te weinig en meestal niet systematisch gebeurt. Hij omschrijft dan ook een simpele toetsing aan de hand van vier basale criteria: (1) Kan de patiënt een keuze maken uit alternatieve behandelopties? (2) Begrijpt de patiënt de informatie? (3) Begrijpt de patiënt diens situatie en de consequenties van de verschillende behandelopties? (4) Kan de patiënt rationeel met deze informatie omgaan?⁵⁴ Deze uiterst belangrijke en basale praktische dimensie ontbreekt zowel in de juridische literatuur als in de wetgeving inzake behandelingsovereenkomst.

8.4 *Jurisprudentie*

Voor Nederland geeft De Ridder⁵⁵ een overzicht van de toch vrij schaarse jurisprudentie op dit IC-terrein. Een steeds weer terugkerend probleem blijkt het bewijzen van het causaal verband. Een bespreking van 481 Australische rechtszaken waarin voor de IC een hoofdrol was weggelegd, verscheen onlangs.⁵⁶

9 REFLECTIE OVER DE PRAKTISCHE EFFECTEN

Hoe geïnteresseerd zijn juristen in de uiteindelijke praktische effecten van regelgeving? Weliswaar is er de laatste jaren een ontwikkeling van wetsevaluatie te bespeuren, maar die richt zich (nog) nauwelijks op effectonderzoek en de methodologie daarvoor is nog onvoldoende ontwikkeld.⁵⁷ De Algemene Rekenkamer constateerde enkele jaren terug een opvallend gebrek aan onderzoek naar de praktische effecten van ingevoerd nieuw overheidsbeleid.⁵⁸ Met de rechtregels over IC is het niet anders gesteld. Alles wat hiervoor is beschreven, stemt toch zeker tot nadenken?

9.1 *Kwalitatieve reflectie*

Doctrinair georiënteerde juridische beschouwingen over IC zijn talrijk, er is inmiddels ook een jurisprudentielijst over dit onderwerp te vinden.⁵⁹ Kritische overdenkingen over dit onderwerp vanuit juridische geleerden, zeker in Nederland, zijn sporadisch. Twee

⁵⁴ Ibid., p.1836.

⁵⁵ De Ridder 2008 en 2011.

⁵⁶ Gogos et al. 2011.

⁵⁷ Giard 2006, p. 49 e.v.

⁵⁸ Kamerstukken II 2002/03, 28 831, nr. 2.

⁵⁹ Kastelein 1998, Giard 2005, p. 135 e.v.

Amerikaanse artikelen zijn in dat verband zeker de moeite van het lezen waard: deze geven een kritische maar gewogen beschouwing over dit onderwerp en bediscussiëren in het bijzonder de realiteitszin ervan.⁶⁰ Zeker, de patiënt verkeert altijd ten opzichte van de behandelaar in een situatie van informatieachterstand, maar de vraag is of die onbalans wel volledig in evenwicht is te brengen met een formele informatieplicht en of de juridische benadering van dit probleem wel de meest vruchtbare is.

Bij de uitgebreide evaluatie in ons land van de Wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO), gerapporteerd in vier kloeke delen, handelde deel 2 over het onderwerp informatie en toestemming.⁶¹ Van écht systematisch en gedetailleerd empirisch effectonderzoek was daarbij niet of nauwelijks sprake. Wel werd een inventariserend onderzoek onder wetenschappelijke verenigingen en ziekenhuizen verricht om hun meningen te peilen en om te zien welke hulpmaterialen er beschikbaar waren voor informatie van patiënten. Een integraal normatief oordeel over de bekendheid met, de acceptatie van en toepasbaarheid van de regels inzake IC en ten slotte de effecten daarvan ontbreekt. Bleek de situatie voor de patiënt nu praktisch verbeterd ten opzichte van de periode vóór de wetsinvoering? Daarover zijn we niet geïnformeerd. Weet iedere zorgverlener waar hij/zij aan toe is? Zij voelen zich vooral onzeker bij gebrek aan eenduidige richtlijnen. Controleert het ziekenhuis wel voldoende op naleving? Dat is praktisch ondoenlijk. Dat ligt ook meer op het terrein van de organisaties van de betreffende specialismen. Welke rol spelen de aansprakelijkheidsverzekeraars? Op dit moment (nog) geen.

Opvallend in deze discussie zijn de publicaties van de al eerder genoemde ethica Onora O'Neill.⁶² Zij probeert om deze kwestie vanuit verschillende posities te bekijken en daarin de maatschappelijke context te betrekken. De arts-patiëntrelatie kan eenvoudig niet zonder vertrouwen. Maar het ene uiterste, blind vertrouwen, is even nutteloos als het andere, uitpuittend rekenschap afleggen. Het juridische model lijkt qua gedragspresumptie te veel te zijn uitgegaan van de individuele autonomie, terwijl bij een rationele autonomie meer de nadruk wordt gelegd op een adequate en vooral respectvolle relatie met daarbij afwezigheid van dwang of misleiding.

Met deze vooral kwalitatieve overdenkingen zien we dat wanneer het privaatrecht zich ten doel stelt menselijk gedrag zowel te sturen als normatief te beoordelen, we daarbij op uiterst complexe kwesties zijn gestuit die alleen multidisciplinair kunnen worden benaderd.⁶³

60 Zie Schuck 1994 en Jones 1999.

61 Wittmer & De Roode 2004.

62 O'Neill 2003 en O'Neill 2004.

63 Wie het themanummer van *Ars Aequi* (november 2007) over multidisciplinaire bestudering van de rechtswetenschap beschouwt, kan zich bezorgd afvragen of juristen wel een duidelijk beeld hebben van dat begrip!

9.2 Kwantitatieve reflectie

Hiertoe is het op systematische wijze verzamelen van gegevens nodig, het doen van empirisch onderzoek. Bij deze werkwijze komen we wederom als epistemologische kernvragen tegen: wat zouden we allemaal van dit onderwerp *moeten* weten en wat *kunnen* we ervan te weten komen? Bij de vraag wat het effect is op het gedrag van de betrokken rechtssubjecten van materieelrechtelijke regels inzake IC onderzoeken we feitelijke veranderingen. Maar dan dienen we eerst het gedrag vóór invoering te hebben beschreven om dat vervolgens te vergelijken met de handelwijze enige tijd ná wetsimplementatie. Dan komen we op het terrein van sociaal-wetenschappelijk onderzoek van juridische interventies. Zo kunnen we uiteindelijk komen tot een normatief oordeel over de effecten van toepassing van de normenwetenschap, maar dat is nog grotendeels *terra incognita*.

Er is nog een andere vorm van onderzoek wenselijk: descriptief, de huidige rechtspraktijk inventariseren en analyseren. Interessant is het bijvoorbeeld om te weten hoe vaak bij medische aansprakelijkheid informatieverzuim een grond was voor de eis, hoe vaak die werd toegewezen en met welke consequenties voor zowel eiser als gedaagde. Helaas, ondanks het bestaan van de internetsite www.rechtspraak.nl is het onmogelijk centraal tot alle uitspraken over medische aansprakelijkheid toegang te hebben en daar kwalitatief en/of kwantitatief onderzoek naar te doen.

Zoals eerder al gesteld, komt deze problematiek alleen maar onder de aandacht van de rechter als er een claim is ingediend. Het verzamelen van al dergelijke casuïstiek over schendingen van de informatieplicht maakt het ook mogelijk alle casusposities vanuit de geneeskunde systematisch te onderzoeken, bijvoorbeeld: over welke medische problemen gaat het? Wat was daarbij het standpunt van de arts? Welke gegevens konden in het dossier worden teruggevonden? Welke argumenten hanteerde de rechter bij de toe- of afwijzing van de vordering?

Wat is er inmiddels voor empirisch onderzoek over dit probleem in de medische literatuur gepubliceerd? De meeste van die onderzoeken hebben of betrekking op enquêtes onder artsen en patiënten of op onderzoek van series afgehandelde claims voor een bepaald specialisme.⁶⁴ Een recent Nederlands onderzoek laat zien dat chirurgen onvoldoende getraind zijn om het proces van de IC goed af te ronden.⁶⁵ Uit al dergelijke studies blijkt de medische praktijk veelal op gespannen voet te staan met de juridische gedragspresumpties. Artsen schieten steeds tekort in hun voorlichtende functies.⁶⁶ Patiënten, die toestemmingsformulieren ondertekenen, doen dat braaf zonder zich van de juridische implicaties bewust te zijn.⁶⁷ Eenmaal ingebed in de medische processen, gaan patiënten als vanzelf

⁶⁴ Bhattacharyya et al. 2005.

⁶⁵ Leclercq et al. 2010.

⁶⁶ Entwistle et al. 2006.

⁶⁷ Akkad et al. 2006.

mee in de voorgestelde interventies, terwijl zij buiten die situatie anders zouden hebben beslist.⁶⁸

Enquêtes onder patiënten bijvoorbeeld maken duidelijk dat zij de IC-procedure veelal als een juridisch gegrond ritueel ervaren,⁶⁹ dat ze het gevoel hebben bij chirurgische ingrepen te weinig invloed te hebben gehad op hun keuzemogelijkheden,⁷⁰ dat het IC-proces eerder tot passiviteit van de patiënt leidt dan tot diens autonome activiteit. Artsen hebben enerzijds het gevoel dat IC vooral gaat om het laten tekenen door de patiënt van een toestemmingsformulier en anderzijds dat ze onzeker zijn hoever hun plicht tot informatieverstopping reikt.⁷¹ Dit is maar een willekeurige greep uit de literatuur, doch deze observationele onderzoeken laten allemaal zien dat het maar zeer de vraag is of het juridische ideaal in de medische praktijk wel wordt gerealiseerd. Daarnaast wordt duidelijk hoe moeilijk deze materie zich praktisch laat onderzoeken, want bieden dergelijke enquêtes bijvoorbeeld het goede venster op de realiteit? Beschikken we wel over de gepaste methoden voor onderzoek van het gedrag van betrokkenen en de veranderingen die erin op kunnen treden?

10 CONCLUSIES

Dit boek onderzoekt aannames over het gedrag bij en gedragseffecten van privaatrechtelijke leerstukken, in dit hoofdstuk toegespitst op het onderwerp IC. Ik stelde als basale vragen: wat beoogt de regelgeving over IC precies te bereiken? Welke uitgangspunten kent dit leerstuk en hoe valide zijn die? Welk concreet gedrag van artsen wil men realiseren en aan welke praktische voorwaarden dient daarvoor te zijn voldaan? Wat werd er feitelijk van de idealistische juridische intenties gerealiseerd? In deze vragen herkennen we een aloud trias: doelen, middelen en doelrealisatie. Evaluaties die aan de hand van deze drie bijeenkomende aspecten het onderwerp IC grondig bezien, lijken uitermate schaars.

We lopen vooral tegen epistemologische vragen aan: wat denken we te weten over IC? Wat zouden we er allemaal van moeten weten? En vooral: wat kunnen we werkelijk praktisch te weten komen? Is er misschien een kloof tussen wat gezondheidsjuristen over dit onderwerp denken te weten en de tamelijk weerbarstige medische realiteit? Het antwoord op die vraag is bevestigend, er is een epistemologisch tekort. Er is (nog) te weinig onderzoek gedaan om genoemde vragen te kunnen beantwoorden en er zullen tevens gepaste onderzoeksmethoden moeten worden ontwikkeld.

68 Dixon-Woods 2006.

69 Habiba et al. 2004.

70 Entwistle et al. 2006.

71 Feld 2004.

10.1 *Doelstellingen, grondslagen*

Voor het opstellen van regelgeving is beslist een valide reden nodig, een als structureel geduid probleem dat langs de weg van regulatie aangepakt gaat worden. Immers, er leeft de veronderstelling bij juristen dat het recht de maatschappelijke praktijk – lees: gedrag! – ook moet kunnen sturen.⁷² Welke beduidende kwestie of kwesties lag/lagen er nu ten grondslag aan het leerstuk van de IC? Klaagden patiënten hier in groten getale over? Was het een frequent voorkomende moeilijkheid in de rechtspraktijk? Bestond er bij juristen de opvatting dat patiëntenrechten onvoldoende zijn geregeld? Maar als het enerzijds volkomen logisch is dat in de arts-patiëntrelatie in samenspraak en na adequate voorlichting door de arts van de patiënt wordt beslist over medische interventies, waarom is het dan anderzijds toch zo lastig te realiseren?

Er zijn twee deels verwante stromen herkenbaar binnen de rechtswetenschap, die verantwoordelijkheid dragen voor deze wetgeving. In de eerste plaats is er de stellingname om aan de hand van in internationale verdragen geformuleerde mensenrechten de patiëntenrechten verder in de nationale wetgeving te expliciteren.⁷³ Dat getuigt van een idealistische visie op de arts-patiëntcommunicatie. Het dogmatische uitgangspunt is de autonomie van de zorgvrager. Maar, zoals geschetst, is er een tamelijk eenzijdige, maar ook geforceerde, invulling gegeven aan het abstracte begrip ‘autonomie’ zonder zich in allerlei praktische consequenties te willen verdiepen. Te veel juridische zendingsdrift, te weinig realiteitszin.

De tweede invalshoek is die van het consumentenrecht. Het juridische doel is om bij de medische dienstverlening de patiënt van een afnemersbescherming te voorzien en een inherente prikkel te vormen tot productoptimalisatie. Het middel is materieelrechtelijke regelgeving, gedragsregels ter zake van de informatieplicht, waarbij de (be)handelende medische professional de normadressaat is in een tweepartijenmodel van arts en patiënt.⁷⁴ Maar wat – of wie – stimuleert nu tot productoptimalisatie? Worden artsen hierdoor aangesproken? Alweer die vraag naar gedragspresumpties en -effecten.

In beide benaderingen gaat het om bescherming van een potentieel zwakkere (contract)partij als waardig beginsel. Maar het gaat hier om het langs juridische weg realiseren van de morele doelstelling van keuzevrijheid en vrijwilligheid van de patiënt. Wat ik mis, is dat nergens in de juridische literatuur de vraag wordt gesteld of de doelstelling wel reëel en haalbaar is, laat staan of, en zo ja: hoe, de effecten onderzoekbaar zijn. En dan ten slotte nog een vergeten aspect: zonder helder geformuleerde doelstellingen is geen goede effectevaluatie mogelijk!

⁷² Drion 2007, 1889.

⁷³ De Lange 1990.

⁷⁴ Van Boom 2007.

10.2 *Middelen*

Hoe kunnen de doelstellingen worden gerealiseerd? Dat is wederom de vraag naar effectuerend privaatrecht. De gedragsregels kunnen civielrechtelijk alleen worden gehandhaafd met schadevergoeding als middel. Achteraf toetsen van gedrag is dus de enige mogelijkheid. Is dat wel voldoende? Gaat daar een krachtig pedagogisch signaal van uit naar de beroepsgroep? De ‘pakkans’ lijkt bovendien wel erg klein (er is een ruwe maar rechte evenredigheid tussen – meestal zeer lage – complicatiekans en de kans op een claim) en dus is het maar de vraag in hoeverre dat het gedrag van hulpverleners zal beïnvloeden. De vraag luidt dan evenzeer: wat zijn mogelijke alternatieven? Kiezen we de weg van het recht of die van de moraal? Sluit de rechtsnorm aan bij de moraal van de hulpverlener? Voelen medisch-wetenschappelijke organisaties zich aangespoord om aandacht aan het probleem van de arts-patiëntcommunicatie te besteden?

Zoals ik hiervoor heb laten zien, is de praktijk van arts-patiëntcommunicatie uiterst complex en is dus een bredere horizon nodig dan alleen die van het recht. Hoe realiseren we dan een juridisch maar tegelijk ook psychologisch én communicatietechnisch verantwoorde situatie van *shared decision making* door patiënt en hulpverlener? Hier liggen nog ruime mogelijkheden voor empirisch onderzoek.⁷⁵

We dienen ons ook te realiseren dat er tal van maatschappelijke veranderingen zijn opgetreden, waaronder een sterke erosie van het begrip autoriteit. De paternalistische arts is – gelukkig! – een met uitsterven bedreigde diersoort en door de maatschappelijke veranderingen wordt in de medische praktijk de noodzaak van moreel verantwoorde gezamenlijke besluitvorming terdege gevoeld.⁷⁶ Het is dan de vraag of dit (ook) een juridische verdienste is.

Als er een maatschappelijke kwestie is van voldoende gewicht waarin het civiele recht een rol dient te vervullen, is adequate handhaving van groot belang, maar dat vraagt het inslaan van nieuwe, vooral ook goedoverdachte, wegen.⁷⁷

10.3 *Doelrealisatie*

Wat werd er praktisch gerealiseerd? Jurisprudentie over dit onderwerp is nog steeds redelijk schaars en geeft in sommige gevallen aan dat de praktijk van informatievervalsing door artsen zeker nog niet perfect is, soms dat ze onvoldoende vastleggen wát er werd besproken en soms dat de patiënt niet in zijn/haar recht stond wat betreft de claim.⁷⁸

⁷⁵ Salmon et al. 2005 en Hulsman et al. 2005.

⁷⁶ Wensing et al. 2002.

⁷⁷ Zie ook de door Van Boom (2007) aangedragen innovaties, p. 988 e.v.

⁷⁸ Zie voor een overzicht Kastelein 1998 en Giard 2005, p. 135 e.v.

De IC-procedure lijkt in veler ogen, zowel van de kant van patiënten als van hulpverleners, praktisch te zijn gedegradieerd tot een ritueel, waarbij de artsen het idee hebben dat ze zich daarmee ingedekt hebben tegen aansprakelijkheid op basis van schending van hun informatieplicht. Ook aan de kant van de patiënten wordt een zekere plichtmatigheid ervaren, zeker als ze een formulier dienen te ondertekenen waarin staat vermeld dat ze kennis hebben genomen van de opgesomde aspecten.⁷⁹

Voor het resultaat in de praktijk is het 'bijsluitereffect' illustratief. Wie de lengte van de tekst van bijsluiters⁸⁰ bij hetzelfde geneesmiddel volgt, ziet een gestage groei. Ook nieuw op de markt gebrachte farmaca gaan vergezeld van lappen tekst. Hier bestaat immers ook de rechtsplicht tot waarschuwen in verband met productaansprakelijkheid, die vooral in de VS tot extreme schadeclaims hebben geleid.⁸¹

Waarom is behoefte? In de eerste plaats meer aandacht voor methodologie, een pleidooi voor een wetenschappelijker rechtswetenschap.⁸² In de tweede plaats een meer multidisciplinaire aanpak van dit probleem, de horizon verbreden. Vanuit deze benadering blijkt dan ook de noodzaak om geïntegreerd te leren denken over IC.

De bevoegen gezondheidsjuristen die even onvermoeibaar als onwrikbaar de rechten van de patiënt in tabulae willen beitelen, moeten worden wakker geschud. Juridisch dromend over een goed geïnformeerde mondige patiënt worden we wakker in de qua gerealiseerde patiëntenrechten minder rooskleurige en vooral ingewikkeld medische praktijk en enigszins gelouterd ketst die ons weer terug naar de juridische studeerkamers: het civiele recht is er voor het sturen en beoordelen van menselijk gedrag, maar het wordt tijd om nog eens diep na te denken over hoe we het gedrag kunnen beïnvloeden en hoe we gedrag dienen te beoordelen. En ook nog dit: in het maatschappelijk verkeer zijn er niet alleen vermogensrechtelijke transacties, er is vooral menselijke interactie – zeker in de gezondheidszorg. Ga daar maar aan sleutelen!

LITERATUUR

Akkad 2006

A. Akkad et al., *Patients' perceptions of written consent: questionnaire study*. BMJ 2006, p. 333, 528.

⁷⁹ In Nederland is het onmogelijk de patiënt een exonerationclausule te laten ondertekenen.

⁸⁰ Dit is een bijlage bij verstrekte geneesmiddelen met gegevens over o.m. samenstelling, werking en bijwerkingen van het middel.

⁸¹ Denk bijvoorbeeld aan de Vioxx-affaire, een pijnstiller die een vergrote kans op hartziekten geeft.

⁸² Giard 2006 en Giard 2012.

Alderson 1998

P. Alderson & C. Goodey, 'Theories in health care and research: Theories of consent', *British Medical Journal* 1998, vol. 317 p. 1313-1315.

Van Andel 2005

W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht', in: P.F.A. Bierbooms, H. Pasman & G.M.F. Snijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Appelbaum 2007

P.S. Appelbaum, 'Assessment of patient's competence to consent to treatment', *New England Journal of Medicine* 2007, vol. 357, p. 1834-1840.

Beck 1986

U. Beck, *Der Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1986.

Beresford et al., 2001

N. Beresford, L. Seymour, C. Vincent & N. Moat, 'Risks of elective cardiac surgery: what do patients want to know?', *Heart* 2001, vol. 86, p. 626-631.

Bhattacharyya 2005

T. Bhattacharyya, H. Yeon & M.B. Harris, 'The medical-legal aspects of informed consent in orthopaedic surgery', *Journal of Bone and Joint Surgery of America* 2005, vol. 87 (nr. 11), p. 2395-2400.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003, p. 297-307.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *Nederlands Juristenblad* 2007, nr. 16, p. 982-990.

Burger et al. 2007

I. Burger, K. Schill & S. Goodman, 'Disclosure of individual surgeon's performance rates during informed consent', *Annals of Surgery* 2007, vol. 245, p. 507-513.

Chiong 2007

W. Chiong, 'Justifying patient risks associated with medical education', *JAMA* 2007 vol. 298, p. 1046-1048

Dixon-Woods 2006

M. Dixon-Woods et al., 'Why do women consent to surgery, even when they do not want to? An interactionist and Bourdieusian analysis', *Soc Sci Med.* 2006 June, 62(11), p. 2742-2753.

Drion 2007

C.E. Drion. 'Scheef recht', *NJB* 2007, nr. 30, p. 1889.

Entwistle 2006

V. Entwistle, B. Williams, Z. Skea, G. MacLennan & S. Bhattacharya, 'Which surgical decisions should patients participate in and how? Reflections on women's recollections of discussions about variants of hysterectomy', *Soc Sci Med.* 2006 January, 62(2), p. 499-509.

Feld 2004

A.D. Feld, 'Informed consent: not just for procedures anymore', *American Journal of Gastroenterology*, 2004, vol. 99, p. 977-980.

Giard 2005

R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giard 2006

R.W.M. Giard, 'Hoe bewijst het recht zichzelf? Een pleidooi voor evidence-based law', in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt als in de rechtswetenschap vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 49-59.

Giard 2012

R.W.M. Giard, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht. Over binnendijs denken, de buitengrenzen van waarheidsvinding en betrouwbare kennis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Gogos et al. 2011

A.J. Gogos et al., 'When informed consent goes poorly: a descriptive study of medical negligence claims and patient complaints', *Medical Journal of Australia* 2011, 195(6), p. 340-344.

Goleman 2007

D. Goleman, *Sociale intelligentie. Nieuwe theorieën over menselijk gedrag*, Amsterdam: Uitgeverij Contact 2007.

Habiba 2004

M. Habiba, C. Jackson, A. Akkad, S. Kenyon & M. Dixon-Woods, 'Women's accounts of consenting to surgery: is consent a quality problem?', *Qual Saf Health Care* 2004 December, 13(6), p. 422-427.

Hansson 2010

S.O. Hansson, 'Risk: objective or subjective, facts or values', *Journal of Risk Research* 2010, 13(2), p. 231-238.

Hansson 2011

S.O. Hansson, 'Risk. The Stanford Encyclopedia of Philosophy' (Fall 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/risk>.

Hardy 2004

R.R. Hardy, 'Precontractuele informatieplichten in het EG-contractenrecht', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2004, nr. 1, p. 19-45.

Hendriks 2010

A.C. Hendriks, 'Van patiënten- naar cliëntenrechten: oude wijn in nieuwe zakken?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010 (8), p. 605-615.

Hendrix & Akkermans 2007

L.G.J. Hendrix & A.J. Akkermans, 'Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2007, 31(7), p. 498-515.

Hulsman et al. 2005

R. Hulsman, A. Visser & G. Makoul, 'Addressing some of the key questions about communication in healthcare', *Patient Education and Counseling* 2005 vol. 58(3), p. 221-224.

Jones 1999

M.A. Jones, 'Informed consent and other fairy stories', *Medical Law Review* 1999, nr. 7, p. 103-134.

Kahneman & Miller 1986

D. Kahneman & D.T. Miller, 'Norm theory: comparing reality to its alternatives', *Psychological Review* 1986, 93(2), p. 136-153.

Kastelein 1998

W.R. Kastelein, 'Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994-1998', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1998, nr. 22, p. 134-146.

De Lange 1990

S.A. de Lange, 'De reikwijdte van fundamentele rechten en de daarvan afgeleide rechten in de gezondheidszorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1990, nr. 14, p. 102-108.

Leclercq et al. 2010

W.K. Leclercq et al., 'A review of surgical informed consent: past, present, and future. A quest to help patients make better decisions', *World J Surg.* 2010, 34, p. 1406-1415.

Legemaate 2011

J. Legemaate, 'De informatierechten van de patiënt: te weinig en te veel', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011, 35(6), p. 478-486.

Legemate & Legemaate 2010

D.A. legemate & J. Legemaate, 'Het preoperatief informed consent', *Ned. Tijdschr. Geneesk.* 2010, 154, p. A2492.

Manning 2004

J. Manning, 'Informed consent to medical treatment: the common law and New Zealand's code of patients' rights', *Medical Law Review* 2004, nr. 12, p. 181-216.

Marsaux 2000

C. Marsaux, L'obligation pre-contractuelle d'information: comparaison Franco-Anglaise', Parijs 2000, Intellex (via: www.en-droit.com/intellex/ouvrages/obligation_precontractuelle.pdf).

Miller 1991

S.M. Miller, 'Monitoring and blunting in the face of threat: implications for adaptation and health', in: L. Montada, S.H. Filipp & M.J. Lerner (red.), *Life crises and experiences of loss in adulthood*, Englewood Cliffs: Erlbaum 1991.

O'Neill 2003

O. O'Neill, 'Some limits of informed consent', *Journal of Medical Ethics* 2003, vol. 29, p. 4-7.

O'Neill 2004

O. O'Neill, 'Accountability, trust and informed consent in medical practice and research', *Clinical Medicine* 2004, vol. 4, p. 269-276.

De Ridder 2008

M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2008, nr. 2, p. 114-127.

De Ridder 2011

M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011, (35)8, p. 675-693.

Salmon et al. 2005

P. Salmon & B. Young, 'Core assumptions and research opportunities in clinical communication', *Patient Education and Counseling* 2005, 58(3), p. 225-34.

Schuck 1994

P.H. Schuck, 'Rethinking informed consent', *The Yale Law Journal* 1994, vol. 103, p. 899-959.

Smits 2006

J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *R.M. Themis* 2006, nr. 167, p. 134-140.

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad', *NJB* 2007, nr. 40, p. 2540-2546.

Twerski & Cohen 1999

A.D. Twerski & N.B. Cohen, 'The second revolution in informed consent. Comparing physicians to each other', *Northwestern University Law Review* 1999, nr. 94, p. 1-54.

Wensing 2002

M. Wensing, G. Elwyn, A. Edwards, E. Vingerhoets & R. Grol, 'Deconstructing patient centred communication and uncovering shared decision making: an observational study', *BMC Med Inform Decis Mak.* 2002, 2, p. 2.

Wittmer & De Roode 2004

J.M.Witmer & R.P. de Roode, *Van wet naar praktijk. Implementatie van de WGBO. Deel 2 Informatie en toestemming*, Utrecht: KNMG 2004.

10 HERROEPEN OF NIET HERROEPEN, *THAT'S THE QUESTION*

Een beoordeling van het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten consumentenovereenkomsten op grond van psychologische inzichten

J.A. Luzak

SAMENVATTING

Het herroepingsrecht is ingevoerd in het Europese consumentenrecht als een uitzondering op de algemene regel voor overeenkomsten dat een contract bindend is voor beide partijen zodra het is gesloten. De invoering van het herroepingsrecht heeft tot doel consumenten te beschermen, voornamelijk tegen de gevolgen van hun eigen irrationele beslissingen. Aldus is het herroepingsrecht alleen ingevoerd door de Europese wetgever voor specifieke consumententransacties waarbij de consument de kans loopt uitgebuit te worden door de verkoper. Eén van dit soort transacties is de op afstand gesloten overeenkomst waarvoor de nieuwe Richtlijn Consumentenrechten een dwingend herroepingsrecht handhaaft. Enkele recent gepubliceerde artikelen plaatsen vraagtekens bij het juist functioneren van het dwingend herroepingsrecht in het consumentenrecht, gesteld op grond van onderzoek naar de kosten en de baten van de betrokken partijen bij verschillende consumententransacties. Deze bijdrage stelt echter centraal de mogelijke invloed van het herroepingsrecht op het consumentenwelzijn bij op afstand gesloten overeenkomsten. De maatstaf voor de beoordeling van de huidige regels, alsmede voor het voorstellen van een nieuwe aanpak, is een verbetering van het consumentenwelzijn. Hierbij zal rekening worden gehouden met de mate waarin consumenten tevreden zijn over en geen spijt hebben van de transacties die zij sluiten.

1 INLEIDING

Het herroepingsrecht is ingevoerd in het Europese consumentenrecht als een uitzondering op de algemene regel voor overeenkomsten dat een contract bindend is voor beide partijen zodra het is gesloten (*pacta sunt servanda*). In tegenstelling tot deze algemene regel, laat het herroepingsrecht toe dat de consument de overeenkomst binnen een bepaalde termijn

zonder gevolgen ontbindt, ongeacht de reden.¹ De invoering van het herroepingsrecht heeft tot doel consumenten te beschermen, voornamelijk tegen de gevolgen van hun eigen irrationele beslissingen.² Aldus is het herroepingsrecht alleen ingevoerd door de Europese wetgever voor specifieke consumententransacties waarbij de consument de kans loopt uitgebuit te worden door de verkoper. Eén van dit soort transacties is de op afstand gesloten overeenkomst, waarbij alleen op afstand wordt onderhandeld over de aard van de aangeboden goederen en diensten, wat betekent dat de consument en de verkoper elkaar niet face-to-face ontmoeten. Op dit moment vallen op Europees niveau op afstand gesloten overeenkomsten onder Richtlijn 97/7/EG.³ Binnenkort zal deze worden vervangen door de Richtlijn Consumentenrechten.⁴ Beide richtlijnen geven consumenten een dwingend herroepingsrecht, echter op enigszins verschillende voorwaarden.⁵

In deze bijdrage wordt aan de hand van consumentenpsychologisch onderzoek de vraag beantwoord in hoeverre het besluit van de Europese Unie om een dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten te handhaven in de Richtlijn Consumentenrechten, in het voordeel van consumenten is. Bij de beoordeling van deze vraag zal de mogelijke invloed die het herroepingsrecht kan hebben op consumenten in aanmerking worden genomen. De maatstaf voor de beoordeling van de huidige regels, alsmede voor het voorstellen van een nieuwe aanpak, is een verbetering van het consumentenwelzijn. Hierbij zal rekening worden gehouden met de mate waarin consumenten tevreden zijn over en geen spijt hebben van de transacties die zij sluiten. Hoewel deze aspecten niet precies meetbaar zijn, is het wel mogelijk om een inschatting te maken van de invloed van het herroepingsrecht op consumenten, mits men hierbij rekening houdt met bevindingen over welke factoren van invloed zijn op de tevredenheid van consumenten.

Enkele recent gepubliceerde artikelen plaatsen vraagtekens bij het juist functioneren van het dwingend herroepingsrecht in het consumentenrecht.⁶ De auteurs baseren hun beoordeling van het functioneren van het herroepingsrecht niet op consumentenpsycho-

1 Rott & Terry 2010, p. 239; Loos 2007, p. 5-6; Loos 2009, p. 241; Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 145.

2 Loos 2009, p. 239; Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 145; Borges & Irlenbusch 2007, p. 84-85.

3 Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, OJ L 144, 04/06/1997, p. 0019-0027.

4 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, OJ L 304, 22.11.2011, p. 0064-0088. De Richtlijn Consumentenrechten heeft tot doel het herroepingsrecht voor twee typen overeenkomsten te harmoniseren, namelijk overeenkomsten op afstand en colportage, en dient te worden ingevoerd door de lidstaten voor het einde van 2013.

5 Wat betreft het gebruik van het herroepingsrecht binnen de EU: 14% van de Europese consumenten maakte gebruik van het herroepingsrecht, op basis van: Europese Commissie augustus 2006, p. 36; 19% van de Europese consumenten maakte gebruik van het herroepingsrecht, op basis van: Europese Commissie oktober 2008, p. 59. Hoewel sommige onderzoekers aangeven dat het aantal herroepingen bij verkoop op afstand blijft toenemen, leidend tot een zorgwekkende hoogte van 35% in Duitsland, geven zij ook aan dat de meeste herroepingen worden gedaan door één en dezelfde kleine groep consumenten, zie: G. Borges & B. Irlenbusch 2007, p. 87.

6 Zie bijv. Ben-Shahar & Posner 2010, p. 116; Eidenmüller 2011, p. 2-3; Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 372.

logie, maar hanteren een *behavioural economics*-perspectief. De betrokken onderzoekers trekken de doeltreffendheid van het herroepingsrecht in twijfel, op grond van de kosten en de baten van de betrokken partijen bij de transacties. Het vernieuwende aspect van deze bijdrage is dat het de mogelijke invloed van het herroepingsrecht op het consumentenwelzijn bij op afstand gesloten overeenkomsten centraal stelt. De hier gekozen methode verschilt van eerdere bijdragen die eveneens gedragseffecten van het herroepingsrecht behandelen die in dit hoofdstuk aan bod komen, aangezien in deze eerdere bijdragen de nadruk wordt gelegd op doeltreffendheid van een overeenkomst en niet op het consumentenwelzijn. Deze bijdrage onderscheidt zich tevens, omdat deze uitsluitend is gericht op een beoordeling van het herroepingsrecht bij op afstand gesloten overeenkomsten en daarbij ingaat op alle daarbij behorende gedragsfenomenen. Op die wijze is het mogelijk om de potentiële invloeden van de regeling van het herroepingsrecht op consumenten, specifiek in het kader van op afstand gesloten overeenkomsten, alomvattend te bespreken.

Allereerst behandel ik de juistheid van de redenen voor het invoeren van het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten. Deze vraag zal ik behandelen vanuit het perspectief van de consumentenpsychologie (par. 2). Daarna zal ik andere bevindingen uit studies over consumentengedrag aandragen die mogelijkwerwijs het dwingend herroepingsrecht in het Europees consumentenrecht betreffende op afstand gesloten overeenkomsten ondermijnen. Dit doe ik door de mate bloot te leggen waarin consumenten ontevredenheid en spijtgevoelens ervaren bij gebruik van het herroepingsrecht (par. 3). Daarbij zal onder meer aandacht worden besteed aan de volgende aspecten: de aversie van consumenten tegen verlies (*loss aversion*), de verschuiving in het perspectief van consumenten nadat ze de goederen in hun bezit krijgen (*endowment effects*), de neiging van consumenten om niet te handelen (*omission en status quo bias*) of om handelen uit te stellen (*procrastination*), de moeite die consumenten hebben om überhaupt een keuze te maken (*choice paradox*). Op basis daarvan wordt de trend in Europa om het herroepingsrecht te verlengen en te harmoniseren, geëvalueerd. Deze bijdrage zal derhalve het verband tussen de genoemde gedragsfenomenen en het herroepingsrecht beschrijven, waardoor duidelijk zal worden hoe deze gedragsfenomenen invloed kunnen uitoefenen op het functioneren van het herroepingsrecht en de beleving van dit recht. Tot slot zal er een antwoord worden gegeven op de vraag of het herroepingsrecht gehandhaafd dient te worden en welke alternatieven de Europese wetgever eventueel zou kunnen overwegen (par. 4).

In de meeste juridische literatuur worden consumentenpsychologische bevindingen niet in ogenschouw genomen. Eén reden daarvoor zou kunnen zijn dat deze bevindingen vaak als onzeker worden beschouwd. Het is inderdaad lastig om beleid alleen te baseren op dergelijke bevindingen, maar toch hoort het meewegen van dergelijke bevindingen hoog op de agenda van beleidsmakers te staan. Onderzoek naar consumentengedrag heeft immers de aard van dominante trends en gedragsfenomenen aangetoond. Zelfs als

beleidsmakers de behoefte hebben om bestaande gedragstrends te veranderen, of andere, bijvoorbeeld morele, belangen voorrang te verlenen, zouden zij dit eigenlijk moeten doen binnen de kaders van de huidige psychologische kennis over consumentengedrag. Deze bijdrage is daarmee tevens een oproep aan (juridische) onderzoekers om meer empirisch onderzoek uit te voeren waarbij specifiek de invloed van het herroepingsrecht op het consumentengedrag centraal staat.

2 GEDRAGSAANNAMES DIE TEN GRONDSLAG LIGGEN AAN HET HERROEPINGSRECHT

Eén van de redenen die worden aangedragen om de invoering van het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten in Europa te rechtvaardigen, is dat het consumenten zou aanmoedigen om meer overeenkomsten op afstand te sluiten, online transacties in het bijzonder.⁷ Het is niet moeilijk voor te stellen waarom de Europese wetgever actie onderneemt om het sluiten van consumentenovereenkomsten op afstand binnen Europa te bevorderen. De Europese interne markt bestaat uit de markten van verschillende lidstaten en de gedachte is dat om de interne markt te versterken en te verenigen, het nodig is dat Europese consumenten meer grensoverschrijdende transacties verrichten.⁸ Veel grensoverschrijdende transacties worden op afstand en in toenemende mate via het internet gesloten. De vraag is daarom of de Europese consument meer aanmoediging ondervindt bij het sluiten van een elektronische overeenkomst als hij de verzekering heeft dat hij een herroepingsrecht heeft dan wanneer dit niet het geval is, zoals het argument van de Europese wetgever luidt.⁹

In deze paragraaf bespreek ik allereerst het doeltreffendheidsbeginsel, dat vaak een vooraanstaande plaats inneemt bij analyses van het dwingend herroepingsrecht. Vanuit dit beginsel is het mogelijk het nut van het herroepingsrecht te bepalen, op basis van een afweging van de kosten en baten die gepaard gaan met een op afstand gesloten overeenkomst. Een dergelijke beoordeling kan echter worden aangevuld door te kijken naar de mate van spijt van consumenten, zowel geanticipeerd als achteraf (nadat de beslissing is genomen). In de volgende subparagrafen zal dus worden overwogen of de doeltreffendheid van op afstand gesloten overeenkomsten vergroot kan worden door het herroepingsrecht en of het herroepingsrecht het aantal op afstand gesloten overeenkomsten kan vergroten, waarbij ook rekening zal worden gehouden met consumentenpsychologische bevindingen.

7 Loos 2007, p. 9-10, 28; Loos 2009, p. 245-246; Ben-Shahar & Posner 2010, p. 119; Bar-Gill & Ben-Shahar 2013, p. 120; Overweging 3 en 4 van de preambule aan de Richtlijn 97/7/EG (zie voetnoot 3).

8 Eidenmüller 2011, p. 6; European Commission september 2006, 2; European Commission oktober 2008, p. 2; European Commission 2 oktober 2008, p. 1.

9 Loos 2009, p. 247-248.

Daaropvolgend zal ik het dwingend herroepingsrecht als een 'afkoelingsinstrument' voorstellen, hetgeen consumenten in staat stelt om hun emoties tot bedaren te laten komen en de overeenkomst die zij hebben gesloten meer rationeel te evalueren. Men zou kunnen stellen dat consumenten eerder bereid zijn om overeenkomsten aan te gaan als zij over de mogelijkheid beschikken deze te ontbinden wanneer zij later ontdekken een impulsieve beslissing te hebben genomen waar ze spijt van zouden kunnen krijgen. Dit argument wordt mijns inziens ten onrechte in de regel niet meegenomen in de vraag naar de doeltreffendheid van het herroepingsrecht bij op afstand gesloten overeenkomsten.

Een vergelijkbaar argument kan worden gemaakt met betrekking tot andere belemmeringen in de besluitvormingsprocessen van consumenten. Emoties zijn niet de enige redeneerfouten die een negatieve invloed kunnen hebben op de beslissing van de consument over het sluiten van een bepaalde overeenkomst op afstand. Het is om deze reden dat het herroepingsrecht mogelijkwerijs consumenten bevordert om meer overeenkomsten op afstand te sluiten, mits het gezien wordt als een positieve invloed op het besluitvormingsproces van consumenten. Dat zou bijvoorbeeld kunnen als het de 'spijt' van consumenten na het nemen van een beslissing kan minimaliseren. Dit argument zal nader worden besproken in de derde subparagraaf.

Tot slot zouden consumenten kunnen worden ontmoedigd tot het sluiten van overeenkomsten op afstand als er onzekerheid bestaat of gebrek aan vertrouwen is in de verkoper of in de producten en diensten die hij aanbiedt. Daarom zal in de laatste subparagraaf worden besproken of het herroepingsrecht het vertrouwen van de consument in het succes van een op afstand gesloten overeenkomst kan vergroten en de mate van 'spijt' na het sluiten van een dergelijke overeenkomst kan minimaliseren.

2.1 *Het doeltreffendheidsbeginsel*

Aangenomen mag worden dat consumenten minder snel geneigd zijn om overeenkomsten te sluiten als zij de waarde van de te verkrijgen goederen of diensten niet voldoende kunnen bepalen.¹⁰ In een dergelijke situatie kunnen zij de potentiële voor- en nadelen van de aangeboden goederen niet overzien. Dit betekent ook dat zij niet zullen weten bij welke prijs de transactie efficiënt zal zijn. Inefficiënte overeenkomsten hebben tot gevolg dat de consument te veel voor goederen betaalt, aangezien hij hun waarde uitsluitend ten aanzien van zichzelf weegt.¹¹ Economen stellen dat wanneer consumenten niet in staat zijn om de waarde van goederen te bepalen, deze dan waarschijnlijk van de gemiddelde waarde van

10 Ben-Shahar & Posner 2010, p. 116, 121; Hansen 2005, p. 420; Harridge-March 2006, p. 748; Loos 2007, p. 10; Loos 2009, p. 247.

11 Eidenmüller 2011, p. 6.

goederen zullen uitgaan.¹² Aan de hand van deze aanname zullen consumenten niet bereid zijn om meer te betalen dan de gemiddelde prijs voor dergelijke goederen, aangezien zij niet kunnen vaststellen of bepaalde goederen van een hogere kwaliteit zijn. Dientengevolge kunnen verkopers van goederen van hoge kwaliteit deze niet verkopen voor de bijpassende prijs en zal de kwaliteit van het gemiddelde aanbod dalen. Dit kan leiden tot een vermindering van de kwaliteit op de hele markt, zoals dat wordt beschreven in het bekende artikel van Akerlof over de *market for lemons* (over de markt van tweedehands auto's).¹³ Omdat consumenten bij koop op afstand niet in staat zijn om de waarde van goederen en van de overeenkomst voldoende in te schatten, zijn zij ook niet in staat om te weten of het sluiten van de transactie later tot spijt kan leiden. Als consumenten op enige spijt anticiperen, voordat de overeenkomst gesloten is, dan kan dat het besluitvormingsproces belemmeren. In een dergelijke situatie zullen consumenten eerder geneigd zijn de beslissing uit te stellen en meer tijd en moeite te investeren om de waarde van de transactie te achterhalen, die echter vaak onmogelijk te bepalen is.¹⁴

Bij directe face-to-face verkoop kunnen consumenten van zogenoemde *search goods* vrij eenvoudig de waarde bepalen, doordat hun eigenschappen gelijk zichtbaar zijn. Voor andere goederen (*experience goods*) hebben zij meer tijd en ervaring nodig, aangezien de eigenschappen van deze goederen alleen na hun consumptie worden bevestigd. En voor weer andere goederen (*credence goods*) zijn zij slechts zelden in staat om de kwaliteit te bepalen, omdat ook na hun consumptie de consumenten geen bevestiging van de kwaliteit van de goederen krijgen.¹⁵ Bij verkoop op afstand kunnen consumenten de goederen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet inspecteren, waardoor het niet eenvoudig is voor consumenten om de kwaliteit van met name *search* en *experience goods* te bepalen.¹⁶ Door consumenten een dwingend herroepingsrecht te geven, zorgt de Europese wetgever ervoor dat consumenten de mogelijkheid hebben om dergelijke goederen te ontvangen, te testen en de waarde van de goederen te bepalen, alvorens zij besluiten gebonden te willen blijven aan de bestaande overeenkomst.¹⁷ Op deze manier kan de consument alsnog tot een goede waardering komen van de prijs-kwaliteitverhouding van de goederen.¹⁸ Een dergelijke verkleining van de risico's bij een transactie, zowel in financiële als in emotionele zin, zou consumenten kunnen motiveren om online transacties te verrichten. Als een consument weet dat hij de transactie kan herroepen indien hij niet tevreden is met de verkregen goederen, dan zal hij bovendien sneller een hoger bedrag betalen voor goederen

12 Akerlof 1970, p. 488.

13 Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 380; Eidenmüller 2011, p. 7-9; Akerlof 1970, p. 488.

14 Schwartz 2004, p. 147-148.

15 Eidenmüller 2011, p. 7-8; Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 379.

16 Eidenmüller 2011, p. 8-9; Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 380; Borges & Irlenbusch 2007, p. 85.

17 Ben-Shahar & Posner 2010, p. 116, 121; Scott & Triantis 2004, p. 1430-1431; Bar-Gill & Ben-Shahar 2013, p. 119-120.

18 Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 381.

waarvan een hogere kwaliteit wordt beloofd.¹⁹ Om de efficiëntie van het herroepingsrecht te waarborgen zullen de kosten voor de verkopers van het toekennen van het herroepingsrecht uiteraard lager moeten zijn dan de te behalen voordelen.²⁰ De verkoper krijgt een voordeel als hij de goederen van hoge kwaliteit voor een hoge prijs kan verkopen, omdat de consument in de hoge kwaliteit ervan gelooft. Als zo een voordeel te verkrijgen is, dan mag verwacht worden dat veel verkopers bereid zijn om uit vrije wil aan consumenten het herroepingsrecht aan te bieden en niet alleen voor op afstand gesloten overeenkomsten, waardoor het dwingend herroepingsrecht overbodig wordt.²¹ Verkopers hebben echter andere middelen tot hun beschikking om consumenten duidelijk te maken dat hun goederen van hoge kwaliteit zijn en dat consumenten geen spijt zullen krijgen van het sluiten van een overeenkomst, zoals bijvoorbeeld mond-tot-mondreclame, het handhaven van een bepaalde reputatie en het bieden van kwaliteitsgaranties.²² Het kan dus niet gegarandeerd worden dat elke verkoper zijn consumenten het herroepingsrecht zal aanbieden als dat geen dwingend recht zou zijn.

Terwijl de Europese wetgever door toekenning van het dwingend herroepingsrecht consumenten aanmoedigt overeenkomsten op afstand te sluiten, genieten consumenten die *experience goods* in een winkel kopen niet dezelfde bescherming. Deze consumenten bevinden zich in een vergelijkbare situatie als consumenten die goederen aanschaffen op afstand. Beide groepen consumenten zijn niet in staat de goederen uit te proberen en hun nut en wenselijkheid te toetsen voordat de overeenkomst gesloten is.²³ Een consument mag bijvoorbeeld niet een kussen mee naar huis nemen om een nachtje uit te proberen, om zo te bepalen of hij voldoende tevreden is met de stevigheid van het kussen voordat hij het zal kopen. Het zou daarom gesteld kunnen worden dat de beleidsmakers accepteren dat consumenten soms enig risico bij de aankoop van goederen moeten nemen, ongeacht de methode van aanschaf.²⁴

Het verschil tussen directe verkoop en verkoop op afstand is dat in een winkel een consument ten minste in staat is een blik te werpen op de goederen en ze misschien zelfs zou kunnen uitproberen, hetgeen bij verkoop op afstand niet mogelijk is.²⁵ In het hiervoor genoemde voorbeeld kan een consument in de winkel een eerste indruk over de stevigheid van het kussen krijgen door het simpelweg aan te raken. Hoewel een beperkte indruk als deze wellicht onvoldoende is voor consumenten om een schatting te maken van de waarde van de goederen in een winkel, geeft het deze consumenten desalniettemin een voordeel

19 Eidenmüller 2011, p. 9.

20 Eidenmüller 2011, p. 9.

21 Eidenmüller 2011, p. 10.

22 Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 380; Harridge-March 2006, p. 748.

23 Ben-Shahar & Posner 2010, p. 121; Stremitzer 2010, p. 4.

24 Hansen 2005, p. 421.

25 Overweging 14 van de preambule van de Richtlijn 97/7/EG.

ten opzichte van consumenten die goederen op afstand aanschaffen.²⁶ De verkoop van schoenen kan ook als voorbeeld dienen. Consumenten zullen schoenen alleen kopen wanneer zij de mogelijkheid hebben gehad om ze te passen. Als een verkoper consumenten wil aanmoedigen om schoenen op afstand te kopen, dan is het nut en de waarde van het herroepingsrecht onmiddellijk duidelijk. Door het herroepingsrecht heeft een consument dezelfde mogelijkheden als in een winkel, hij krijgt namelijk de mogelijkheid om het product uit te proberen. Het herroepingsrecht verkleint aldus het risico van een transactie en geeft consumenten ook minder reden om op spijt ervan te anticiperen. Dit kan consumenten stimuleren om meer overeenkomsten op afstand te sluiten.

Toch is het voorbarig te stellen dat consumenten door middel van het testen van goederen de waarde ervan kunnen inschatten. Schoenen blijken vaak pas oncomfortabel na langer gebruik, waardoor de mogelijkheid ze te passen niet altijd voorkomt dat een consument spijt van de aankoop krijgt. Over het algemeen groeit de kennis van een consument over goederen en de waarde ervan met de tijd.²⁷ Vanuit het oogpunt van de doeltreffendheid is het te verwachten dat het herroepingsrecht alleen dan alle hindernissen voor consumenten om transacties op afstand te sluiten zal wegnemen, als consumenten de goederen tijdens de bedenktijd onbeperkt kunnen testen. Daardoor kunnen zij de waarde van de goederen goed bepalen. Deze situatie kan ertoe leiden dat consumenten die op afstand kopen bevoordeeld worden ten opzichte van consumenten in winkels. Als de Europese wetgever de aantrekkingskracht van grensoverschrijdende transacties voor consumenten wil vergroten, dan kan deze situatie echter gerechtvaardigd worden geacht.²⁸ Teneinde de verkopers voor het gebruik van de goederen tijdens de bedenktijd te compenseren, zou enige vergoeding kunnen worden gevraagd, zolang deze consumenten niet ontmoedigt hun herroepingsrecht te gebruiken.²⁹ Een regeling voor de vergoeding ten aanzien van het gebruik van goederen tijdens de bedenktijd zouden opportunistisch consumentengedrag kunnen ontmoedigen, maar zijn ook niet zonder negatieve psychologische effecten.³⁰

26 Ben-Shahar & Posner 2010, p. 121; Harridge-March 2006, p. 748. Het uitproberen van de stevigheid van een kussen is niet alleen in winkels voor luxeartikelen mogelijk, maar ook in winkels zoals IKEA.

27 Ben-Shahar & Posner 2010, p. 121.

28 Het alternatief zou zijn om de handhaving van het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten niet te rechtvaardigen op basis van doeltreffendheid, maar ten behoeve van veiligheidsoverwegingen, bijvoorbeeld door zorg te nemen dat consumenten *veilig* kunnen betalen voor goederen die zij online kopen. Hiervoor zouden echter specifieke bepalingen moeten worden opgesteld die consumenten een volledige terugbetaling garanderen als de goederen niet geleverd worden of afwijken van de verwachte kwaliteit. Zo zou de bank van de consument gemachtigd kunnen worden om een betaling aan de verkoper als ongeldig te beschouwen zodra de consument aangeeft de overeenkomst te willen herroepen. Op dit moment zijn dergelijke maatregelen niet van kracht, hetgeen suggereert dat de zekerheid van terugbetaling bij het afsluiten van transacties op afstand geen rechtvaardiging is voor het dwingend herroepingsrecht.

29 Eidenmüller 2011, p. 21.

30 Dit wordt verder besproken in par. 3.

De vraag wat de consument zou mogen doen met gekochte goederen tijdens de bedenkttermijn is niet eenvoudig te beantwoorden.³¹ Het antwoord op deze vraag is echter van belang voor de waardering of het herroepingsrecht consumenten een betere kans geeft om goederen te evalueren. Met Richtlijn 97/7/EG werd het herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten binnen Europa ingevoerd. Deze richtlijn geeft Europese consumenten het recht om binnen zeven werkdagen vanaf de dag van de ontvangst van de goederen of, in het geval van overeenkomsten tot het verrichten van diensten, zeven werkdagen na het sluiten van de overeenkomst, te bepalen of zij de op afstand gesloten overeenkomst willen handhaven.³² De nieuwe Richtlijn Consumentenrechten verlengt dit tijdsbestek van zeven werkdagen tot veertien kalenderdagen. Enerzijds wordt de juridische helderheid groter als de bedenkttermijn in kalenderdagen in plaats van werkdagen wordt berekend. Een consument hoeft niet langer rekening te houden met eventuele publieke feestdagen die binnen de bedenkttermijn in het land van de verkoper vallen. Aan de andere kant heeft de Europese wetgever de bedenkttermijn met enkele dagen verlengd. Op basis van het doeltreffendheidsbeginsel zou de bedenkttermijn voldoende moeten zijn voor een consument om de waarde van de goederen vast te stellen en zich te verzekeren dat hij geen spijt van de transactie zal krijgen. Ik heb echter geen empirisch bewijs gevonden waaruit blijkt dat de huidige termijn van zeven werkdagen (meestal negen kalenderdagen) onvoldoende is. De verlenging van de bedenkttermijn wordt door de Europese wetgever gerechtvaardigd door de behoefte aan de harmonisatie van het herroepingsrecht tussen verschillende soorten overeenkomsten.³³

Richtlijn 97/7/EG bevat geen bepalingen die de verkoper in staat stellen een vergoeding voor het gebruik van goederen tijdens de bedenkttermijn te eisen. Dit heeft tot gevolg dat de consumentenbescherming op dit punt sterk verschilt in de verschillende lidstaten. Om dit aspect te harmoniseren zijn er specifieke bepalingen toegevoegd aan de Richtlijn Consumentenrechten wat betreft het gebruik van goederen tijdens de bedenkttermijn. Een consument zal aansprakelijk worden geacht voor eventuele waardevermindering van de goederen die niet strikt in verband kan worden gebracht met het bepalen van de aard, eigenschappen en functie van de goederen.³⁴ Deze verplichting komt te vervallen als de consument niet op de hoogte wordt gesteld van zijn herroepingsrecht. De Europese wetgever gaat ervan uit dat een consument de waarde van goederen zal kennen zodra hij bekend raakt met de aard, eigenschappen en functie van de goederen. Toch zal het in sommige gevallen lastig zijn om vast te stellen of het gebruik van de goederen tijdens de bedenkttermijn verder is gegaan dan wat noodzakelijk was voor het bepalen ervan. Alleen in uiterste gevallen zal deze vaststelling vanzelfsprekend zijn.

31 Loos 2007, p. 14-15; Loos 2009, p. 268; Rott & Terry 2010, p. 274-275.

32 Art. 6 Richtlijn 97/7/EG.

33 Loos 2009, p. 242-244. Voor andere gevolgen van het verlengen van de bedenkttermijn zie par. 3.5.

34 Art. 14 (2) Richtlijn Consumentenrechten.

Het Europese Hof van Justitie heeft bepaald dat verkopers in het algemeen geen vergoeding voor het gebruik van goederen kunnen eisen, aangezien dit het gebruik van het herroepingsrecht door de consument enerzijds en de mogelijkheid om de echte waarde van de goederen vast te stellen anderzijds, zou kunnen belemmeren.³⁵ Het Hof van Justitie heeft echter wel geoordeeld dat het herroepingsrecht niet in de weg staat aan het recht op vergoeding voor het gebruik van goederen indien dit gebruik onverenigbaar is met de beginselen van het burgerlijk recht, zoals de goede trouw of de ongerechtvaardigde verrijking.³⁶ De bewijslast dat consumenten de goederen op een dergelijke manier hebben gebruikt, ligt bij de verkoper.³⁷ Het is onwaarschijnlijk dat een vergoeding mogelijk zal zijn na een eenvoudige inspectie van de goederen, bijvoorbeeld door het aanzetten van een laptop en daar enige software op installeren. Het doel van het herroepingsrecht is immers om consumenten de mogelijkheid te geven om goederen uit te proberen en de waarde ervan vast te stellen, zoals zij dat in een winkel of bij een testrit ook zouden kunnen doen.³⁸

Als consumenten de mogelijkheid hebben om het herroepingsrecht vele dagen na aflevering in te roepen, dan kunnen zij de goederen langer gebruiken dan nodig is om hun waarde vast te stellen. Deze situatie zou consumenten in de gelegenheid kunnen brengen tot opportunistisch gedrag.³⁹ Met dit in het achterhoofd zouden bepaalde problemen verholpen kunnen worden door wat betreft de compensatie de bewoording in de Richtlijn Consumentenrechten te veranderen van ‘vergoeding voor gebruik’ naar ‘vergoeding voor waardevermindering’. Niet alle problemen zullen hier echter mee verholpen kunnen worden.⁴⁰ Het zal bijvoorbeeld lastig zijn om de waardevermindering van goederen door gebruik tijdens de bedenkttermijn nauwkeurig te bepalen. Daarnaast bestaan er goederen die onmiddellijk in waarde verminderen zodra de consument de verpakking openmaakt.⁴¹

Het invoeren van de verplichting om verkopers te compenseren voor de waardevermindering van hun goederen in combinatie met het dwingende karakter van het herroepingsrecht, leidt tot twee problemen. In de eerste plaats kan het zo zijn dat consumenten er liever voor kiezen om de waarde van goederen blind te schatten dan te betalen voor een eventuele

35 HvJEU 3 september 2009, zaak C-489/07 (*Pia Messner*), ECR 2009 I-07315, r.o. 19, 22-24.

36 HvJEU 3 september 2009, zaak C-489/07 (*Pia Messner*), ECR 2009 I-07315, r.o. 26.

37 HvJEU 3 september 2009, zaak C-489/07 (*Pia Messner*), ECR 2009 I-07315, r.o. 27.

38 Overweging 47 in Richtlijn Consumentenrechten; Opinie van A-G Trstenjak, zaak C-489/07 (*Pia Messner*), r.o. 46-47.

39 Eidenmüller 2011, p. 21.

40 Art. 14 (2) Richtlijn Consumentenrechten (zie voetnoot 4). Zie ook: Opinie van A-G Trstenjak, zaak C-489/07 (*Pia Messner*), r.o. 52-54; Ben-Shahar & Posner 2010, p. 116; Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 156.

41 Ben-Shahar & Posner 2010, p. 121-122, 136, 138. Er bestaan ook goederen waarvan de waarde in grote mate daalt alleen al als deze getest worden. Ben-Shahar & Posner stellen in hun artikel dat de lengte van de bedenkttermijn afhankelijk moet zijn van de waardeverminderingsratio van de goederen, omdat het te verwachten valt dat goederen met een kleine waardeverminderingsratio langer getest zouden worden door consumenten, als de consumenten geacht worden te betalen voor de waardevermindering van de goederen.

waardevermindering, en daarmee nemen ze het risico op verlies en spijt bij een onjuiste schatting.⁴² Dit zou goed kunnen leiden of tot een *market for lemons* of tot het dalen van het aantal van op afstand gesloten grensoverschrijdende overeenkomsten. Daarnaast is het zo dat als de hoogte van de vergoeding afhangt van de tijdsduur dat de goederen in het bezit van consumenten zijn geweest, dit consumenten zou kunnen aanzetten tot het nemen van overhaaste beslissingen. Een dergelijke situatie zou eveneens onverenigbaar zijn met het doel van het dwingend herroepingsrecht, namelijk om consumenten voldoende tijd te geven om de goederen naar waarde te schatten en te vermijden dat zij spijt krijgen van hun beslissing. Consumentenpsychologisch onderzoek heeft aangetoond dat als consumenten beslissingen onder grote tijdsdruk moeten nemen, zij hun beslissingsstrategie aanpassen. Daardoor beoordelen ze de goederen vanuit een ander perspectief en op andere eigenschappen dan dat zij normaal gesproken zouden doen.⁴³ Consumenten kunnen bijvoorbeeld proberen om van een groter aantal eigenschappen oppervlakkige informatie in te winnen, in plaats van diepgaande informatie over een kleiner aantal kenmerken die zij echter het belangrijkste achten. Daarnaast heeft dit psychologisch onderzoek aangetoond dat consumenten onder tijdsdruk eerder geneigd zijn om zich te concentreren op negatieve informatie.⁴⁴

Hoewel sommige argumenten in deze bijdrage het invoeren van het dwingend herroepingsrecht bij op afstand gesloten overeenkomsten gedeeltelijk ondersteunen, lijkt het erop dat de specifieke bepalingen daaromtrent op dit moment niet door empirisch bewijs worden gesteund. Dit betreft bijvoorbeeld de lengte van de bedenkttermijn en de vergoedingsmethode voor het gebruik van goederen tijdens de bedenkttermijn. Het is daarom goed mogelijk dat de huidige bepalingen het doeltreffendheidsbeginsel dat wordt nagestreefd, ondermijnen.

2.2 *De bedenkttermijn*

De bedenkttermijn, ofwel de tijdsduur waarbinnen het herroepingsrecht gebruikt mag worden, wordt ook wel de 'afkoelingsperiode' genoemd. Deze term wekt de indruk dat van consumenten verwacht wordt dat zij in alle rust en met vol verstand alle voor- en nadelen van het te nemen transactiebesluit wegen. Door consumenten een eenvoudige manier te bieden om de overeenkomst te ontbinden, voor het geval deze was gesloten op basis van emotie in plaats van verstand, heeft de Europese wetgever het sluiten van overeenkomsten op afstand willen stimuleren.⁴⁵ Consumentenpsychologisch onderzoek heeft

42 Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 156. Het toekennen van een bedenkttermijn heeft uiteraard tot gevolg dat consumenten via prijsstijgingen de extra kosten verbonden aan het herroepingsrecht zullen betalen.

43 Bettman et al. 1998, p. 200.

44 Wright 1974, p. 560.

45 Loos 2007, p. 6; Rott & Terry 2010, p. 240.

inderdaad aangetoond dat als consumenten beslissingen in een emotionele toestand maken, dat zij dan een grotere kans hebben te veel te betalen en spijt van hun aankopen te krijgen.⁴⁶ Dit zou vervolgens consumenten die een overeenkomst op afstand hebben gesloten, kunnen ontmoedigen dit nogmaals te doen.

Consumenten schatten hun emotionele staat vaak verkeerd in. Het komt veel voor dat consumenten een besluit nemen gebaseerd op de emoties van een gegeven moment, terwijl zij ervan overtuigd zijn dat zij door hun verstand zijn geleid.⁴⁷ Dit komt vaak door een gebrek aan zelfbeheersing, een soort 'tijdelijke buitenzinnigheid'.⁴⁸ Dit verklaart tevens waarom consumenten vaak geen stabiel beeld van hun voorkeuren gedurende een relatief kort tijdsbestek uiten.⁴⁹ Terwijl ze de ene dag een bepaalde eigenschap van een product in acht nemen, kunnen ze deze de volgende dag weer volstrekt negeren. Gezien de beperkingen van hun rationele vermogen is het niet verrassend dat consumenten extra tijd nodig hebben om alle voor- en nadelen van een transactie zorgvuldig te wegen.⁵⁰

Er is geen empirisch bewijs dat suggereert dat consumenten die overeenkomsten op afstand sluiten eerder geneigd zijn om zich door emoties te laten leiden dan wanneer zij aankopen zouden doen in een winkel. Nogmaals, de buitengewone bescherming die wordt geboden aan consumenten die overeenkomsten op afstand sluiten, zou kunnen worden gerechtvaardigd, wanneer een specifieke garantie noodzakelijk is om hen te overtuigen aan deze transacties deel te nemen. Het is daarom mogelijk dat de bedenkttermijn is ingevoerd om die Europese consumenten te beschermen die geneigd zijn spontane beslissingen, geleid door emoties te nemen.⁵¹ Door dergelijke consumenten de tijd te gunnen om de gesloten overeenkomst te evalueren, is het mogelijk dat zij zich beter bewust worden van de specifieke voorwaarden van de overeenkomst. Vervolgens kunnen deze consumenten ervoor kiezen de overeenkomst in stand te laten als zij deze voorwaarden daadwerkelijk aantrekkelijk vinden.⁵² De Europese bedenkttermijn bij op afstand gesloten overeenkomsten voorkomt niet dat consumenten overeenkomsten sluiten onder invloed van hun emoties, maar het maakt het wel mogelijk om een beslissing ongedaan te maken. Aldus zou de bedenkttermijn kunnen voorkomen dat consumenten spijt krijgen van het sluiten van een overeenkomst en zou deze de consument mogelijk kunnen aansporen om ook in de toekomst overeenkomsten op afstand te sluiten.⁵³

46 Sunstein & Thaler 2003, p. 28-29.

47 Camerer et al. 2003, p. 1238; Sunstein & Thaler 2003, p. 29; Loewenstein 2000, p. 428.

48 Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 372; Loewenstein 2000, p. 430.

49 Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 375.

50 Sunstein & Thaler 2003, p. 29. Zie ook par. 2.3.

51 Camerer et al. 2003, p. 1240; Ben-Shahar & Posner 2010, p. 119-120; Eidenmüller 2011, p. 10; Loewenstein 2000, p. 429.

52 Eidenmüller 2011, p. 17-18.

53 Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 375-376.

Het aanvullende voordeel van de invoering van een dwingend herroepingsrecht zou kunnen zijn dat verkopers de motivatie verliezen om voor en tijdens de verkoop op de emoties van consumenten in te spelen.⁵⁴ Anders dan in de academische literatuur wel wordt gesteld,⁵⁵ zouden consumenten ook gemakkelijk door hun emoties kunnen worden aangespoord om overeenkomsten op afstand te sluiten.⁵⁶ Zo kunnen consumenten bij online veilingen zichzelf gemakkelijk voorbij lopen tijdens het bieden en daardoor meer voor de goederen betalen dan zij oorspronkelijk bereid waren te doen.⁵⁷ Maar ook de huidige inrichting van online winkels zou consumenten kunnen verleiden tot het doen van impulsieve aankopen.⁵⁸ Het is niet waarschijnlijk dat de opgewekte emoties, zoals enthousiasme, tot zeven of veertien dagen na de aankoop aanhouden en dat deze de consumenten ervan weerhouden de goederen terug te zenden. In die situatie zou het herroepingsrecht een positieve invloed kunnen hebben op de bereidwilligheid van consumenten om aankopen op afstand te doen.

2.3 *Het corrigeren van information bias*

In de voorgaande subparagrafen is al verwezen naar het feit dat het besluitvormingsproces, al dan niet op afstand, voor consumenten geen eenvoudig proces is. Het oordeel van de consument kan op verschillende manieren vertroebeld worden, bijvoorbeeld door zijn of haar emoties of doordat de consument onvoldoende kan inzien wat de werkelijke waarde van de goederen is. Als er genoeg informatie ingewonnen wordt, dan zou ook de kans op succes van de transactie kunnen worden bepaald.⁵⁹ Een van de voordelen van de vergaande digitalisering van onze levens is dat we daardoor ook in toenemende mate toegang tot informatie hebben. Veel consumenten kunnen zich echter ook overweldigd voelen door de hoeveelheid informatie en keuze.⁶⁰ Het is goed mogelijk dat veel consumenten geen grondige analyse van alle beschikbare informatie over goederen en verkopers uitvoeren alvorens een transactiebesluit te nemen. In plaats daarvan zullen zij tot een transactiebesluit komen op grond van slechts een kleine hoeveelheid informatie, namelijk die informatie

54 Camerer et al. 2003, p. 1240.

55 Eidenmüller 2011, p. 10, 18; Loos 2007, p. 10; Loos 2009, p. 247.

56 Ding et al. 2005, p. 352; Ariely & Simonson 2003, p. 116; Verhagen & Van Doelen 2009, p. 22.

57 Online veilingen vallen helaas buiten het bereik van de bescherming die het dwingend herroepingsrecht biedt. Zie: art. 3 (1) Richtlijn 97/7/EG (voetnoot 3) en art. 16 (k) Richtlijn Consumentenrechten (voetnoot 4).

58 Verhagen & Van Doelen 2009, p. 22. Ik maak hier geen vergelijking tussen de mate waarin emotionele manipulatie aanwezig is in op afstand gesloten overeenkomsten en andere soorten overeenkomsten, bijvoorbeeld colportage, maar ik geef slechts aan dat het ook daarbij bestaat, en dit wordt in andere academische literatuur ontkent.

59 Loos 2007, p. 10.

60 Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 130; Luth 2010, p. 48.

die hen het meest in het oog springt.⁶¹ De hoeveelheid informatie die consumenten verzamelen en verwerken kan van een veelheid aan factoren afhangen, zoals hun cognitieve vermogen, de mate van betrokkenheid, de vermeende waarde en het vermeende risico van de transactie, alsmede de emotionele houding van de consument.⁶² Over het algemeen mag worden aangenomen dat de consument aanzienlijk minder informatie kan inwinnen en verwerken in vergelijking met de verkoper, hetgeen informatieasymmetrie tot gevolg heeft tussen de partijen.⁶³

Eerder onderzoek naar consumentengedrag heeft aangetoond dat consumenten ernaar neigen de risico's van transacties door hun eigen enthousiasme te onderschatten.⁶⁴ Het is ook waarschijnlijk dat zij vroegtijdig stoppen met het verzamelen van informatie over de overeenkomst die zij zullen aangaan, op het moment dat zij gevoelsmatig vinden dat ze voldoende zijn geïnformeerd.⁶⁵ Ironisch genoeg kunnen consumenten zich onthouden van het inwinnen van informatie over de goederen wanneer ze bang zijn dat een te grote hoeveelheid informatie hun cognitieve besluitvormingsproces zal belemmeren.⁶⁶ In plaats daarvan zullen zij zich concentreren op één of meer indicatoren van de kwaliteit van de goederen.⁶⁷ Op deze wijze kiezen consumenten ervoor om een overeenkomst te sluiten die mogelijk niet ideaal voor hen is en waarvan zij spijt zouden kunnen krijgen.

De invoering van het dwingend herroepingsrecht kan worden gerechtvaardigd door de behoefte om irrationele consumenten te beschermen tegen de effecten van hun minder gelukkige keuzes. Het toekennen van bijzondere rechten in het Europese contractenrecht wordt vaak geduid als paternalistisch beleid.⁶⁸ Het is de vraag of irrationele consumenten de toegevoegde kosten, die gepaard gaan met het invoeren van dergelijke dwingende beschermende maatregelen, zouden verkiezen boven de mogelijkheid om minder te betalen voor hun goederen. Daarnaast zou men kunnen stellen dat als consumenten de mogelijkheid hebben om een overeenkomst te ontbinden, zij dan niet gestimuleerd worden om voldoende informatie te zoeken over aan te schaffen goederen.⁶⁹ Ze zouden zelfs in het geheel geen aansporing krijgen om een schatting van de waarde van de goederen te maken voor het nemen van een weloverwogen transactiebesluit. Niettemin is het mogelijk dat, ongeacht de inzet van een consument om de waarde van de goederen te bepalen, deze consument

61 Rott & Terryn 2010, p. 240; Luth 2010, p. 48-49.

62 Hansen 2005, p. 421, 425; Luth 2010, p. 48.

63 Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 145. Informatie-asymmetrie is uiteraard ook aanwezig bij directe verkoop, echter, de onmiddellijke toegang tot informatie online kan het kennisverschil tussen de partijen vergroten.

64 Hillman & Rachlinski 2002, p. 483; Lichtenstein & Fischhoff 1977, p. 159-183; Fischhoff et al. 1977, p. 561; Luth 2010, p. 50.

65 Hillman & Rachlinski 2002, p. 478-479; Hansen 2005, p. 428; Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 377.

66 Hillman & Rachlinski 2002, p. 479; Froomkin 2000, p. 1501-1505; Hansen 2005, p. 425; Bettman et al. 1998, p. 187, 193, 199-200.

67 Hansen 2005, p. 420; Bettman et al. 1998, p. 190. Voor meer over 'cue utilisation theory' zie: Steenkamp 1989.

68 Mak & Braspenning 2012, p. 322; Gómez 2004, p. 190.

69 Eidenmüller 2011, p. 16.

toch geen juiste inschatting ervan zou maken. Deze onjuiste inschatting kan ontstaan doordat er onvoldoende informatie beschikbaar is, doordat de consument de beschikbare informatie onjuist heeft geïnterpreteerd, door emoties die zijn besluitvormingsproces beheersten, enzovoort. Aldus zou elke consument onder sommige omstandigheden het herroepingsrecht gunstig vinden. Sommige auteurs stellen dat als consumenten alledaagse goederen van kleine waarde op afstand kopen, eventuele inschattingsfouten over de waarde ervan geen ingrijpende gevolgen hebben.⁷⁰ Voor dergelijke transacties zou men kunnen pleiten tegen het dwingende karakter van het herroepingsrecht, als mag worden aangenomen dat consumenten door middel van een leerproces vervolgens inderdaad overeenkomsten op afstand zullen sluiten waar zij tevreden mee zijn.⁷¹ Echter, andere auteurs wijzen erop dat elke op afstand gesloten overeenkomst anders is. Zij stellen ook dat gedrag inconsistent is en dat niet mag worden aangenomen dat consumenten hun fouten niet zouden herhalen en het onderscheid zouden leren herkennen tussen 'goede' en 'te vermijden' overeenkomsten.⁷² Het lijkt erop dat consumenten inderdaad voordeel kunnen hebben bij het dwingend herroepingsrecht, omdat het hen kan beschermen wanneer zij een overeenkomst aangaan waarvan zij later spijt kunnen krijgen. Met het herroepingsrecht kunnen consumenten een verkeerde inschatting die als gevolg van de *information bias* ontstond, herstellen, waardoor zij ook meer geneigd kunnen zijn om overeenkomsten op afstand te sluiten.

2.4 Betrouwbaarheid en vertrouwen

De aard van op afstand gesloten overeenkomsten voorkomt persoonlijk contact tussen consumenten en verkopers. Dit maakt het moeilijker voor consumenten om de betrouwbaarheid van de transactie juist in te schatten. Aldus is het mogelijk dat consumenten weinig vertrouwen in het succes van het afwikkelen van de overeenkomst hebben.⁷³ Het vertrouwen van internetgebruikers in de betrouwbaarheid, privacy en veiligheid van bepaalde op afstand gesloten overeenkomsten, *in casu* online transacties, wordt als cruciaal beschouwd voor het stimuleren van grensoverschrijdende verkoop op afstand.⁷⁴ Onderzoek heeft aangetoond dat een gebrek aan vertrouwen consumenten ervan kan weerhouden

⁷⁰ Eidenmüller 2011, p. 13.

⁷¹ Uiteraard zal elk bedrag dat als grens wordt verkozen voor het definiëren van consumptiegoederen van geringe waarde arbitrair zijn.

⁷² Rekaiti & Van den Bergh 2000, p. 377.

⁷³ Borges & Ilrenbusch 2007, p. 85.

⁷⁴ In 2008 uitte slechts 40% van de consumenten in de EU hun vertrouwen in grensoverschrijdend online winkelen, zie: European Commission 2 oktober 2008, p. 1. In 2011 gaf 48% van de consumenten in de EU aan dat zij meer vertrouwen hebben bij het bestellen van goederen en diensten via het internet in aanbieders uit hun eigen land, dan in aanbieders uit andere lidstaten, zie: European Commission maart 2011, p. 6.

om grensoverschrijdend online te winkelen.⁷⁵ Consumentenpsychologische studies beschrijven vertrouwen als een complexe toestand waarin consumenten geen zekerheid over de motieven en intenties van de andere partij, maar wel bepaalde verwachtingen daaromtrent, hebben.⁷⁶ Over het algemeen wordt gesteld dat vertrouwen niet moeilijk is te winnen, maar ook gemakkelijk is te verliezen.⁷⁷ Een professionele partij zou ethisch moeten handelen om het vertrouwen van consumenten te behouden.⁷⁸ Consumenten aarzelen met het geven van hun vertrouwen bij het sluiten van overeenkomsten via het internet, vooral als ze bepaalde persoonlijke informatie moeten delen om een transactie te voltooien.⁷⁹ Consumenten willen daarom in het bijzonder van de betrouwbaarheid, privacy en veiligheid van online transacties verzekerd worden.⁸⁰ Dit kan worden bereikt als online verkopers een positieve reputatie opbouwen, en consumenten deze verspreiden door middel van mond-tot-mondreclame, of zelfs 'muis-tot-muis', of als de verkopers in een privacy-keurmerk investeren.⁸¹ In dit verband zou men het dwingend herroepingsrecht ook kunnen zien als een aanvullend middel om het vertrouwen van consumenten in op afstand gesloten overeenkomsten te vergroten. Er dienen wel twee punten met betrekking tot dit middel nader overwogen te worden. Allereerst dient te worden vastgesteld of het vergroten van het consumentenvertrouwen wel noodzakelijk is. Het is ook mogelijk dat consumenten niet zo afkerig tegenover online transacties staan als aanvankelijk aangenomen werd. Ten tweede is het de vraag of er een causaal verband bestaat tussen het toekennen van het dwingend herroepingsrecht en het toenemen van vertrouwen van consumenten in het succes van op afstand gesloten overeenkomsten.

Consumentenpsychologische studies suggereren dat consumenten goederen die hen worden aangeboden met meer gezond verstand benaderen bij online transacties dan offline.⁸² Eén voordeel van overeenkomsten op afstand is dat ze op elk tijdstip en vanaf vrijwel elke locatie gesloten kunnen worden. Consumenten kunnen daardoor op elk gewenst moment en op een comfortabele plaats, bijvoorbeeld thuis, een transactie sluiten. Dit kan bevorderlijk zijn voor het maken van een zorgvuldige overweging over de transactie.⁸³ Consumenten kunnen ook makkelijk tussen verschillende online winkels wisselen om

75 Harridge-March 2006, p. 746. Grofweg 6 op de 10 consumenten uit de EU gaven toe dat zij niet geïnteresseerd waren in grensoverschrijdende transacties, omdat zij bang waren slachtoffer te worden van oplichting en fraude, zie: European Commission maart 2011, p. 6.

76 Harridge-March 2006, p. 748.

77 Hoffman et al. 1999, p. 80-81.

78 Harridge-March 2006, p. 749.

79 Harridge-March 2006, p. 749-750; Hoffman et al. 1999, p. 80-81.

80 Harridge-March 2006, p. 750; Stanaland et al. 2011, p. 512.

81 Harridge-March 2006, p. 748, 752; Stanaland et al. 2011, p. 512.

82 Hillman & Rachlinski 2002, p. 467, 478. Het argument achter deze bewering is dat omdat e-consumenten over het algemeen in bezit zijn van moderne technieken en deze kunnen gebruiken, zij in het algemeen jonger, rijker en beter opgeleid lijken te zijn dan 'traditionele' consumenten.

83 Eidenmüller 2011, p. 10.

prijzen en andere voorwaarden te vergelijken. Zij kunnen de transactie net zo lang uitstellen totdat zij er zeker van zijn dat zij de overeenkomst willen sluiten, om de kans op spijt te minimaliseren.⁸⁴ De vraag blijft of consumenten bereid zijn om in dergelijk online vergelijkend warenonderzoek tijd te steken. Onderzoek toont aan dat online consumenten aan onmiddellijke voldoening gewend zijn en het internet bij voorkeur gebruiken als een middel om tijd te besparen.⁸⁵ Daarnaast bevatten online transacties grotere risico's voor consumenten dan offline transacties.⁸⁶ Dit in verband met het gebrek aan controle die de consument over online transacties heeft en de grote mate van anonimiteit, die door malafide verkopers misbruikt kan worden. Een vergelijkbare opmerking kan ten aanzien van andere op afstand gesloten overeenkomsten worden gemaakt. Zo kunnen bijvoorbeeld telemarketingbedrijven consumenten op onverwachte momenten bellen. Op deze wijze ontnemen zij de controle van de consument om te bepalen op welk tijdstip de overeenkomst kan worden gesloten. Daarnaast kan ook de anonimiteit van de telefoon bepaald misbruik van consumentengegevens vergemakkelijken. Hieruit volgt dat het wantrouwen van consumenten omtrent de betrouwbaarheid van op afstand gesloten overeenkomsten gerechtvaardigd lijkt te zijn. Daarnaast wordt het vertrouwen ook niet versterkt, doordat consumenten geen mogelijkheid hebben om vooraf de kwaliteit van de goederen zelf, fysiek te controleren.⁸⁷ Eén van de grootste risico's voor een consument die een overeenkomst op afstand sluit, is dat de goederen van zijn verwachtingen afwijken, of dat er helemaal geen goederen geleverd worden.⁸⁸ Het dwingend herroepingsrecht zou dit risico kunnen verminderen, hoewel het onwaarschijnlijk is dat malafide verkopers als gevolg van het herroepingsrecht door consumenten betaalde bedragen terug zouden betalen.

Of het vertrouwen van consumenten toeneemt als gevolg van het dwingend herroepingsrecht is vooralsnog onduidelijk. Helaas is dit effect van het herroepingsrecht moeilijk te meten en is het niet eenvoudig om empirisch bewijs te vinden dat dit oordeel ondersteunt of tegensprekt.⁸⁹ Als consumenten uitsluitend vertrouwen hebben in overeenkomsten waarbij zij de mogelijkheid krijgen om deze te herroepen, dan mag men kritisch staan tegenover de waarde van dit 'vertrouwen'. Immers, als alle risico's worden weggenomen, dan zijn er geen onzekerheden meer die door middel van vertrouwen overwonnen hoeven te worden. Ondanks deze paradox is meer empirisch onderzoek nodig om vast te stellen of er verbanden bestaan tussen het vertrouwen van internetgebruikers enerzijds en het dwingend herroepingsrecht anderzijds. Er is duidelijk empirisch bewijs nodig om de stelling van de Europese wetgevers dat het dwingend herroepingsrecht het vertrouwen van consu-

84 Hillman & Rachlinski 2002, p. 478.

85 Donthu & Garcia 1999, p. 56.

86 Harridge-March 2006, p. 748.

87 Harridge-March 2006, p. 748; Stanaland et al. 2011, p. 512.

88 Harridge-March 2006, p. 754.

89 Eidenmüller 2011, p. 6.

menten kan vergroten en hen kan stimuleren om meer overeenkomsten op afstand te sluiten te ondersteunen.

3 MOGELIJKE ONGEWENSTE GEVOLGEN VAN HET DWINGEND HERROEPINGSRECHT

De voorgaande paragraaf laat zien dat het dwingend herroepingsrecht is ingevoerd om Europese consumenten bescherming te bieden bij op afstand gesloten overeenkomsten. Dit kan nodig zijn als zij bijvoorbeeld overhaast een beslissing nemen, of zonder voldoende te zijn geïnformeerd, of vanwege verkeerde motivaties. Als de aanname juist is dat consumenten die overeenkomsten op afstand sluiten regelmatig spijt zouden krijgen van deze overeenkomsten, dan zouden we moeten zien dat sinds invoering van het herroepingsrecht een zeer groot aantal van dergelijke overeenkomsten herroepen wordt. Onderzoek toont aan dat het aantal Europese consumenten dat het herroepingsrecht in de afgelopen jaren heeft gebruikt, is toegenomen en dat ca. 15-20% van de op afstand gesloten overeenkomsten herroepen wordt. Dit aantal lijkt in eerste instantie hoog, maar het betreft voornamelijk dezelfde consumenten die hun herroepingsrecht regelmatig bij aankoop van verschillende goederen gebruiken.⁹⁰ Het lage percentage consumenten die hun herroepingsrecht gebruiken, kan veroorzaakt worden doordat verkopers consumenten voornamelijk goederen van een hoge kwaliteit aanbieden en consumenten dus niet vaak teleurgesteld worden. Dit zou kunnen komen doordat verkopers weten dat consumenten hun overeenkomsten na ontvangst van de goederen kunnen herroepen als de kwaliteit van de goederen niet voldoende is. Als deze aanname juist is, dan zou dat een voordelig effect van de invoering van het dwingend herroepingsrecht in Europa aantonen. Het is echter ook mogelijk dat het dwingend herroepingsrecht verkopers niet heeft aangezet tot het verbeteren van hun diensten, maar dat het lage percentage van herroepingen een gevolg is van het onjuist functioneren van het herroepingsrecht. Bijvoorbeeld wanneer consumenten geen gebruik van het herroepingsrecht maken, ondanks dat zij niet tevreden zijn over de kwaliteit van de goederen. Deze paragraaf behandelt verschillende consumentenpsychologische fenomenen, die, indien van toepassing, kunnen verhinderen dat consumenten hun herroepingsrecht gebruiken, of ervoor kunnen zorgen dat zij überhaupt geen baat bij het herroepingsrecht hebben. In de volgende subparagrafen zullen derhalve de potentiële negatieve gevolgen voor consumenten van de invoering van het dwingend herroepingsrecht worden besproken.

⁹⁰ Zie voetnoot 5.

3.1 *Loss aversion*

Onderzoek naar consumentengedrag heeft aangetoond dat consumenten niet altijd in staat zijn om de kosten en baten van hun keuzes juist in te schatten.⁹¹ Dit is ook waarom ze het lastig vinden om de waarde van de op afstand gekochte goederen goed in te schatten. De studies van consumentengedrag schrijven dergelijke verkeerde inschattingen van consumenten vaak toe aan *loss aversion*. Consumenten blijken verliezen zwaarder te laten wegen dan voordelen.⁹² Consumenten kennen dus een hogere, negatieve waarde toe aan gemaakte verliezen, dan dat zij een positieve waarde aan voordelen van vergelijkbare grote toekennen.⁹³ Dit fenomeen van aversie tegen verlies zou tot gevolg kunnen hebben dat consumenten handelingen gaan vermijden, zelfs als die maar een zeer gering risico met zich meebrengen, ondanks dat deze handelingen waarschijnlijk eerder voordelen zullen opleveren.

Op dit moment maken weinig Europese consumenten van het herroepingsrecht gebruik bij op afstand gesloten overeenkomsten.⁹⁴ Als het gebruik van het herroepingsrecht door consumenten als verlies wordt ervaren, dan zijn zij minder bereid om dit juridische instrument te gebruiken.⁹⁵ De Europese wetgever probeert een dergelijke associatie te voorkomen door aan het gebruik van het herroepingsrecht geen kosten te verbinden.⁹⁶ Ondanks deze verzekeringen zijn er echter altijd enkele kosten voor consumenten als zij hun herroepingsrecht gebruiken, zoals de kosten voor het terugzenden van de goederen en eventueel ook een vergoeding voor de waardevermindering of voor het gebruik van de goederen. Bovendien is het zo dat als een consument een reeds deels uitgevoerde overeenkomst tot het verrichten van diensten herroept, hij ook zal moeten betalen voor de reeds verrichte diensten.⁹⁷ Als deze kosten vervolgens groter lijken voor de consument dan de kosten om een dienst te verkrijgen, dan zullen zij minder geneigd zijn om het herroepingsrecht te gebruiken. Bovendien zou, zo blijkt uit de volgende paragraaf, alleen al het feit dat het nodig is om goederen terug te zenden door de consument als verlies kunnen worden beschouwd.⁹⁸

Loss aversion motiveert consumenten dus een keuze te maken waarvan zij menen dat deze geen of het minste verlies zal veroorzaken. Dit betekent dat de mate van consumentenbescherming die het dwingend herroepingsrecht biedt, wordt bepaald door een over-

91 Camerer et al. 2003, p. 1218; Baron & Ritov 1994, p. 479; Schweitzer 1994, 458; Choi et al. 2003, p. 184; Thaler 1980, p. 42-43; Kahneman et al. 1991, p. 194, 199; Schwartz 2004, p. 70.

92 Camerer et al. 2003, p. 1218; Baron & Ritov 1994, p. 479; Schweitzer 1994, 458; Choi et al. 2003, p. 184; Thaler 1980, p. 42-43; Kahneman et al. 1991, p. 194, 199; Schwartz 2004, p. 70.

93 Camerer et al. 2003, p. 1224; Tversky & Kahneman 1991, p. 1054.

94 European Commission september 2006, p. 36; European Commission oktober 2008, p. 59.

95 Poutsma 2013, p. 5.

96 Loos 2007, p. 19; Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 155.

97 Rott & Terry 2010, p. 263.

98 Zie volgende paragraaf.

weging welke keuze het minste zal kosten: de goederen houden of de goederen terugzenden. Met dit in het achterhoofd is het opmerkelijk dat de Europese wetgever er in de nieuwe Richtlijn Consumentenrechten voor heeft gekozen om consumenten te verplichten de waardevermindering opgelopen tijdens de bedenkttermijn te vergoeden.⁹⁹ Deze nieuwe bepaling zal waarschijnlijk het gevoel van verlies dat consumenten verbinden aan het gebruik van het herroepingsrecht versterken. Dit kan vervolgens het belang van het herroepingsrecht als maatregel ter bescherming van consumenten verminderen.¹⁰⁰

3.2 *Endowment effect*

Consumentenpsychologisch onderzoek heeft aangetoond dat consumenten een hogere waarde toekennen aan goederen die ze reeds in hun bezit hebben, dan aan andere goederen.¹⁰¹ Deze bevindingen vullen het eerder besproken fenomeen van *loss aversion* aan.¹⁰² Net zoals consumenten bang zijn om iets te verliezen, zijn zij ook geneigd om goederen die zij reeds bezitten, te overwaarden.¹⁰³ Interessant genoeg kan dit *endowment effect* vrij snel ontstaan en kan het ook lang standhouden. Onderzoekers hebben aangetoond dat consumenten zich vrij gemakkelijk kunnen hechten aan goederen zodra zij deze ontvangen, en dat een dergelijke affectie sterker wordt met de tijd.¹⁰⁴

Het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten staat toe dat consumenten tijdens de bedenkttermijn in bezit zijn van de goederen en deze mogen testen. Dit sluit aan bij één van de doelen van de Europese wetgever, namelijk om de mogelijkheid te creëren om de waarde van de goederen tijdens de bedenkttermijn juist te kunnen beoordelen. Helaas is het mogelijk dat consumenten door het *endowment effect* de waarde van de goederen kunnen overschatten zodra zij deze hebben ontvangen. Zoals is aangetoond in onderzoek heeft het bezit van de goederen invloed op de beoordeling van consumenten.¹⁰⁵ Stelt u zich een consument voor die goederen koopt, wetend dat hij deze mag testen en in het ergste geval ze binnen de bedenkttermijn zou kunnen terugzenden, mits hij in dat geval de verplichte verzendkosten zou betalen. Zodra deze consument de goederen heeft ontvangen en hij ze als zijn bezit begint te beschouwen, is het mogelijk dat hij de kosten om de goederen te houden zal gaan zien als substitutiekosten die eerder met

99 Art. 14 (2) Richtlijn Consumentenrechten.

100 Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 156.

101 Sunstein & Thaler 2003, p. 22-23; Thaler 1980, p. 44; Kahneman et al. 1991, p. 194; Strahilevitz & Loewenstein 1998, p. 276; Luth 2010, p. 52; Schwartz 2004, p. 71.

102 *Endowment effect* verhoogt niet de aantrekkingskracht van de goederen, noch het genot om ze te bezitten, maar vergroot eerder de negatieve gevoelens die gepaard gaan met het verlies van die goederen, zie: Kahneman et al. 1991, p. 197; Tversky & Kahneman 1991, p. 1041.

103 Thaler 1980, p. 44.

104 Strahilevitz & Loewenstein 1998, p. 276, 285.

105 Thaler 1980, p. 46; Strahilevitz & Loewenstein 1998, p. 276.

voordeel dan met verliezen samenhangen.¹⁰⁶ Dit betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat de consument aan de goederen meer waarde heeft toegerekend, want hij hoeft niet perse dezelfde goederen voor dezelfde prijs te kopen als de goederen gestolen worden en hij schadeloos gesteld zou worden.¹⁰⁷ Het *endowment effect* kan consumenten dus belemmeren bij het maken van efficiënte transactiebesluiten, omdat zij door een vertekend beeld van de waarde van de goederen hun herroepingsrecht wellicht niet zullen gebruiken.

Daarnaast geldt dat hoe langer de bedenkttermijn voortduurt en de consument wacht met het besluit om de goederen wel of niet te houden, het des te onwaarschijnlijker wordt dat hij ze zal terugzenden.¹⁰⁸ Zijn band met de goederen zal waarschijnlijk groeien naarmate hij de goederen langer in zijn bezit heeft.¹⁰⁹ Vanuit dit oogpunt kan de verlenging van de bedenkttermijn in de recente Richtlijn Consumentenrechten niet als een positieve ontwikkeling voor de belangen van consumenten worden gezien. Vanwege het *endowment effect* kan een lange bedenkttermijn een kostenefficiënte besluitvorming belemmeren.

3.3 *Omission, commission en de status quo bias*

Consumentengedrag dat mogelijk verlies kan veroorzaken, is van invloed op de mate waarin consumenten aversie tegen verlies hebben. Over het algemeen maken consumenten zich eerder druk over de negatieve gevolgen van hun acties (*commission*) dan die van hun passiviteit (*omission*).¹¹⁰ Hieruit kan volgen dat consumenten eventuele negatieve gevolgen van een ondernomen actie zwaarder zullen wegen dan vergelijkbare negatieve gevolgen die voortkomen uit een nalaten.¹¹¹ Dit kan toegeschreven worden aan de beleving van consumenten dat actie ondernemen 'minder normaal' is dan het niet ondernemen van actie.¹¹² Het is moeilijker voor consumenten om zich in te beelden welke gevolgen het uitvoeren van bepaalde handelingen kan hebben als zij deze niet hebben uitgevoerd, dan zich voor te stellen welke gevolgen het niet uitvoeren van die bepaalde handelingen zal hebben. Als gevolg daarvan zal het relatief eenvoudig zijn voor consumenten om alternatieve handelingen te bedenken voor acties die zij reeds hebben uitgevoerd en, aldus, daar spijt van te krijgen, als de bedachte alternatieven aantrekkelijker zijn.¹¹³ Dit effect is bijzonder

¹⁰⁶ Thaler 1980, p. 44.

¹⁰⁷ Thaler 1980, p. 46.

¹⁰⁸ Ander onderzoek heeft aangetoond dat consumenten de neiging hebben om hun beslissing uit te stellen tot het laatste moment voor de deadline: Tversky & Shafir 1992, p. 358.

¹⁰⁹ Strahilevitz & Loewenstein 1998, p. 286.

¹¹⁰ Camerer et al. 2003, p. 1224-1225; Harridge-March 2006, p. 747; Savitsky et al. 1997, p. 248; Gilovich et al. 1995, p. 182; Baron & Ritov 1994, p. 475; Schwartz 2004, p. 149.

¹¹¹ Savitsky et al. 1997, p. 248; Gilovich et al. 1995, p. 182; Schweitzer 1994, 459; Thaler 1980, p. 52; Gilovich & Medvec 1995, p. 380; Luth 2010, p. 52; Schwartz 2004, p. 149.

¹¹² Savitsky et al. 1997, p. 248-249; Gilovich et al. 1995, p. 182; Gilovich & Medvec 1995, p. 386.

¹¹³ Savitsky et al. 1997, p. 249; Gilovich et al. 1995, p. 182; Gilovich & Medvec 1995, p. 381.

goed zichtbaar bij beslissingsprocessen op een korte termijn, hetgeen bijzonder relevant is voor deze bijdrage, gegeven het feit dat een bedenktijd aan een tijdslimiet gebonden is.¹¹⁴ Consumentenpsychologisch onderzoek naar dit fenomeen stelt dat consumenten zich meer persoonlijk verantwoordelijk voelen voor hun eigen handelen dan voor niet-handelen. Het ondernemen van een actie wordt immers als een afwijking van de status-quo gezien.¹¹⁵ Door dit gedragsfenomeen zouden consumenten een *omission* bias kunnen ontwikkelen, waardoor ze niet bereid zouden zijn om bepaalde handelingen te verrichten, omdat ze daar spijt van zouden kunnen krijgen.¹¹⁶

Het verband tussen deze gedragswaarnemingen en het dwingend herroepingsrecht is tweeledig. Ten eerste zou een consument die een overeenkomst op afstand heeft gesloten, ontmoedigd kunnen worden om het herroepingsrecht te gebruiken, omdat die handeling negatieve consequenties voor hem zou kunnen hebben. De keuze om goederen te houden die men heeft ontvangen of deze te ruilen voor iets anders, potentieel iets beters, is een veelvoorkomend dilemma voor consumenten. Onderzoek naar dit dilemma toont aan dat consumenten zich eerder zorgen maken dat zij spijt zullen krijgen van het terugzenden van de goederen, dan van het houden ervan.¹¹⁷ Consumentenpsychologisch onderzoek laat zien dat consumenten niet graag goederen opgeven voor dezelfde prijs als zij ervoor betaald hebben.¹¹⁸ De daaruit volgende passiviteit¹¹⁹ van consumenten kan hen ervan weerhouden om hun herroepingsrecht te gebruiken, waardoor de effectiviteit van dit recht voor consumenten afneemt.

Ditzelfde gedragsfenomeen zou er ook voor kunnen zorgen dat consumenten het herroepingsrecht niet meer in overeenkomsten zouden laten opnemen als ze de keuze daartoe zouden hebben. Als de status-quo is dat consumenten overeenkomsten op afstand afsluiten zonder het herroepingsrecht en daarbij een lagere prijs voor de goederen betalen, dan zouden zij ervan af kunnen zien om de overeenkomst met het herroepingsrecht uit te breiden, als dit de prijs zal verhogen. In deze situatie zullen consumenten geneigd zijn te berusten in hun basisrechten. De *omission* bias zal consumenten waarschijnlijk overtuigen dat ze meer spijt zullen krijgen als ze een actie ondernemen in verband met extra kosten van het herroepingsrecht, dan wanneer zij geen actie ondernemen, waarbij de consument geen extra kosten heeft, maar ook geen herroepingsrecht.

Over het algemeen hebben consumenten sterk de neiging om de keuzes te maken die de status-quo handhaven.¹²⁰ Eventuele nadelen van een verandering van de bestaande

114 Savitsky et al. 1997, p. 249.

115 Gilovich et al. 1995, p. 183; Baron & Ritov 1994, p. 478-479; Thaler 1980, p. 52.

116 Gilovich et al. 1995, p. 189; Schweitzer 1994, 459; Thaler 1980, p. 52-53; Gilovich & Medvec 1995, p. 393; Luth 2010, p. 52; Schwartz 2004, p. 159; Poutsma 2013, p. 5.

117 Gilovich et al. 1995, p. 183. Zie ook de voorgaande paragrafen over *endowment effect*.

118 Baron & Ritov 1994, p. 477.

119 Sunstein & Thaler 2003, p. 22.

120 Schweitzer 1994, p. 457; Kahneman et al. 1991, p. 194; Luth 2010, p. 52.

stand van zaken lijken meestal dreigender voor consumenten dan de eventuele voordelen van die verandering.¹²¹ Consumenten kunnen om verschillende redenen de voorkeur hebben om bij een originele aankoopkeuze te blijven (en dus de status-quo te handhaven). Dit is niet alleen zo vanwege *loss aversion*.¹²² Over het algemeen brengt het gebruik van het herroepingsrecht extra kosten met zich mee voor consumenten.¹²³ Zelfs als de Europese wetgever ernaar streeft om deze kosten zo veel mogelijk te beperken,¹²⁴ zal een consument ten minste de verzendkosten moeten betalen om goederen naar de verkoper terug te zenden.¹²⁵ Dit zou vervolgens consumenten kunnen ontmoedigen om het herroepingsrecht in te roepen. Daarnaast zullen consumenten waarschijnlijk over onvoldoende informatie beschikken om een alternatieve en betere overeenkomst aan te gaan. Onderzoek toont aan dat de keuzes van consumenten sterk beïnvloed worden door transacties die zij in het verleden hebben gemaakt. Dit kan betekenen dat zij herhaaldelijk ondeugdelijke transacties zullen blijven aangaan, als zij niet gemakkelijk een beter alternatief kunnen vinden.¹²⁶

De genoemde vooroordelen motiveren consumenten in veel gevallen eerder tot passiviteit dan tot handelen. Gebruikmaken van het herroepingsrecht vereist een actieve handeling van consumenten, hetgeen zou kunnen verklaren waarom slechts een relatief klein aantal consumenten van het herroepingsrecht gebruikmaakt. Deze situatie zou kunnen wijzigen als de Europese wetgever consumenten verplicht aan het einde van de bedenkttermijn de goederen terug te zenden, tenzij zij besluiten om de overeenkomst te behouden. Door deze aanpassing, die genoemde vooroordelen verkleint, kan het herroepingsrecht wellicht effectiever bescherming aan consumenten bieden.¹²⁷ In beide gevallen is dan een handeling van de consument vereist, ofwel om de goederen aan het einde van de bedenkttermijn terug te zenden, ofwel om de transactie te bevestigen. Deze oplossing kan de *omission bias* van consumenten wegnemen.¹²⁸

3.4 Cognitieve dissonanties

Cognitieve dissonanties kunnen op een vergelijkbare manier het oordeel van een consument beïnvloeden als het *endowment effect*. Bij cognitieve dissonanties hebben consumenten de

121 Kahneman et al. 1991, p. 197-198; Tversky & Kahneman 1991, p. 1042-1044.

122 Tversky & Kahneman 1991, p. 1044.

123 Schweitzer 1994, 458; Tversky & Kahneman 1991, p. 1044.

124 Zie par. 2.1 en 3.1.

125 Tenzij de verkoper zelf aanbiedt dergelijke kosten te dekken.

126 Schweitzer 1994, 458; Tversky & Kahneman 1991, p. 1044.

127 Zie voor verder uitleg ook par. 4.

128 De wettelijke voorwaarden van verkoop op afstand zal echter aanzienlijke aanpassingen moeten ondergaan, bijvoorbeeld door het toevoegen van mogelijkheden voor verkopers om goederen terug te vorderen als een transactie niet door de consument bevestigd wordt. De kosten van transacties zullen daardoor waarschijnlijk stijgen, hetgeen misschien zwaarder zal wegen dan de voordelen van deze aanpak.

neiging om een bepaalde mening die aansluit bij een eerder geprefereerde keuze te handhaven, ook als deze niet bevestigd wordt door feiten.¹²⁹ Als een consument besluit om goederen op afstand te kopen, dan heeft hij bepaalde positieve verwachtingen ten aanzien van de waarde ervan. Als hij vervolgens na levering van de goederen eigenschappen ontdekt die strijdig zijn met zijn verwachtingen, kan hij het belang van deze ontdekking miskennen of zelfs negeren ten voordele van bevindingen die zijn verwachtingen bevestigen.¹³⁰

Cognitieve dissonanties kunnen ertoe leiden dat de beoordeling van de doeltreffendheid van op afstand gesloten overeenkomsten tijdens de bedenkttermijn wordt verstoord, op een vergelijkbare wijze als bij het *endowment effect*. Hoewel het dwingend herroepingsrecht ervoor zorgt dat een consument tijd en mogelijkheid krijgt om goederen die hij op afstand heeft gekocht te beoordelen, is het de vraag of deze evaluatie niet vertroebeld wordt door de eerdere overtuigingen van de consument. Dit kan tevens verklaren waarom niet meer Europese consumenten hun herroepingsrecht gebruiken.

Cognitieve dissonanties kunnen nog een ander effect op consumenten hebben in combinatie met *commission bias* en *omission bias*. Het kan voorkomen dat een consument die meer spijt krijgt van het uitvoeren van een bepaalde handeling (in dit geval het doen van een aankoop op afstand) dan wanneer hij de handeling nalaat, door cognitief voor deze spijtgevoelens te compenseren een onredelijk hoge waarde zal gaan toekennen aan de goederen die hij door de handeling in bezit heeft gekregen.¹³¹ Vervolgens zal deze consument er sneller voor kiezen geen gebruik te maken van het herroepingsrecht, ook als hij mogelijk oorspronkelijk ontevreden met de aankoop op afstand was. Door zelfbedrog zouden consumenten dergelijke transacties als succesvol kunnen beschouwen, en meer van dergelijke transacties kunnen aangaan, hetgeen zal bijdragen aan de inefficiëntie van de markt.¹³²

3.5 *Uitstelgedrag*

Uitstelgedrag is een boeiend fenomeen dat veel consumenten treft zonder dat zij ervan bewust zijn. Door uitstelgedrag zijn consumenten ervan overtuigd dat het verrichten van bepaalde handelingen niet noodzakelijk is op een bepaald moment, omdat zij er in de nabije toekomst nog tijd voor zullen hebben, terwijl zij in de nabije toekomst de handeling

129 Hansen 2005, p. 432; Jain & Maheswaran 2000, p. 368; Kunda 1990, p. 493; Luth 2010, p. 51. Verschillende aspecten van dit psychologische effect zijn beschreven in de literatuur ook als *confirmation bias* of *motivated reasoning*.

130 Jain & Maheswaran 2000, p. 367; Akerlof 1991, p. 7.

131 Gilovich et al. 1995, p. 186; Savitsky et al. 1997, p. 249; Gilovich & Medvec 1995, p. 385.

132 In dit geval zullen consumenten zelf geen nadelige effecten ervaren, omdat zij zichzelf ervan overtuigen tevreden te zijn met de aankopen. De markt als geheel kan echter wel nadelig beïnvloed worden, bijvoorbeeld door misleidende mond-tot-mondreclame.

wederom zullen uitstellen.¹³³ Het gevolg van uitstelgedrag is dat consumenten passief blijven en geen actie ondernemen.¹³⁴ Dit is vooral goed zichtbaar bij taken die een consument als vervelend ervaart, omdat deze tijd, geld of moeite vergen. Omdat consumenten liever plezierige en gunstige taken verrichten, zullen zij op elk gegeven moment aan dergelijke taken gemakkelijk en graag voorkeur geven en vervelendere taken verder uitstellen.¹³⁵ Consumenten zullen het uitstel waarschijnlijk rechtvaardigen door te stellen dat zij meer dan voldoende tijd hebben om de minder plezierige taak later uit te voeren. Deze overtuiging is vaak ongegrond. Consumentenpsychologisch onderzoek heeft aangetoond dat consumenten die het nemen van een besluit uitstellen vaak met problemen rond zelfbeheersing worstelen, in verband met de voorkeur voor onmiddellijke voldoening.¹³⁶ De meeste beslissingen die consumenten nemen, zelfs de meest triviale, kunnen leiden tot uitstelgedrag.¹³⁷ Het invoeren van deadlines, om consumenten te motiveren om een beslissing te nemen, kan echter een tegenovergesteld effect hebben, omdat consumenten dan waarschijnlijk de beslissing zullen uitstellen totdat de deadline nabij is, of deze zelfs voorbij laten gaan.¹³⁸ Daarnaast zal het ook waarschijnlijk niet uitmaken of consumenten al dan niet geïnformeerd worden over hun neiging tot uitstelgedrag. Onderzoek toont aan dat consumenten die over hun problemen met zelfbeheersing zijn geïnformeerd, de omvang en de invloed van dit fenomeen onderschatten.¹³⁹ Ook het benadrukken van het belang van de beslissing om consumenten aan te sporen tot handelen, zal waarschijnlijk niet slagen. In het betreffende onderzoek kon uitstelgedrag niet worden voorkomen, ondanks dat de taken van zeer groot belang waren.¹⁴⁰

Uitstelgedrag zou consumenten ervan kunnen weerhouden gebruik te maken van het herroepingsrecht op het moment dat zij ontdekken dat de geleverde goederen niet naar tevredenheid zijn. Zelfs als consumenten zich realiseren dat zij uitstelgedrag vertonen, kunnen zij optimistisch blijven en ervan overtuigd zijn dat zij nog de tijd hebben om de overeenkomst binnen de resterende bedenkttermijn te herroepen.¹⁴¹ Meer empirisch onderzoek naar dit fenomeen is nodig, zodat duidelijk kan worden hoeveel consumenten in feite geen gebruik van het herroepingsrecht maken, omdat zij er door uitstelgedrag niet in slagen de overeenkomst binnen de bedenkttermijn te herroepen.

De Europese wetgever lijkt reeds rekening te houden met het uitstelgedrag van consumenten met betrekking tot het dwingend herroepingsrecht. Consumenten hoeven de

133 Camerer et al. 2003, p. 1225; Akerlof 1991, p. 1; Luth 2010, p. 52.

134 O'Donoghue & Rabin 1999, p. 104.

135 O'Donoghue & Rabin 1999, p. 103.

136 O'Donoghue & Rabin 2001, p. 121; O'Donoghue & Rabin 1999, p. 103; Thaler 1980, p. 56-57.

137 Sunstein & Thaler 2003, p. 22.

138 Camerer et al. 2003, p. 1247; Choi et al. 2003, p. 180; Akerlof 1991, p. 4; Luth 2010, p. 53.

139 O'Donoghue & Rabin 2001, p. 122-123; O'Donoghue & Rabin 1999, p. 111, 119.

140 Hoewel soms uitstelgedrag wordt verminderd in zulk gevallen, zie: O'Donoghue & Rabin 2001, p. 125.

141 O'Donoghue & Rabin 2001, p. 123.

verkoper binnen de bedenkttermijn namelijk slechts mee te delen dat ze een op afstand gesloten overeenkomst willen herroepen.¹⁴² Uit onderzoek blijkt dat het niet realistisch is om te verwachten dat consumenten een veelvoud aan taken tegelijkertijd zullen verrichten. Aldus is het voordeliger voor consumenten dat het retourzenden van de goederen niet onmiddellijk samen hoeft te gaan met de mededeling dat zij de overeenkomst willen herroepen.¹⁴³ Gezien het gegeven dat consumenten uitstelgedrag kunnen vertonen, is het echter ook te rechtvaardigen dat verkopers pas dan het betaalde bedrag aan consumenten terugstorten, als zij de goederen daadwerkelijk terug hebben gekregen.¹⁴⁴ Dit kan consumenten tevens aansporen om de goederen bijtijds terug te sturen.

Het verlengen van de bedenkttermijn daarentegen kan vanuit het oogpunt van uitstelgedrag als strijdig met consumentenbelangen worden gezien. Hoewel een lange bedenkttermijn over het algemeen wordt gezien als voordelig voor consumenten en nadelig voor verkopers, zou op basis van de hiervoor genoemde bevindingen eerder het tegenovergestelde waar zijn.¹⁴⁵ De kans dat consumenten het gebruiken van het herroepingsrecht te lang uitstellen en daardoor geen gebruik van dit recht maken, wordt groter naarmate ook de lengte van de bedenkttermijn groter wordt. Een langere bedenkttermijn betekent immers dat er meer ruimte bestaat voor afleidingen, die de consument ervan kunnen weerhouden de overeenkomst tijdig te herroepen. Sommige onderzoekers beweren dat de standaardoptie die aan consumenten wordt geboden, de slechts mogelijke optie moet zijn om zo het uitstelgedrag van consumenten tegen te gaan. Op die manier zou dit consumenten tot onmiddellijk handelen aansporen.¹⁴⁶ Vanuit dit oogpunt is zelfs een bedenkttermijn van zeven werkdagen buitensporig lang.¹⁴⁷

3.6 *Choice paradox*

De Europese wetgever heeft de consument de mogelijkheid gegeven om een op afstand gesloten overeenkomst te herroepen. Het staat consumenten vrij om de overeenkomst te handhaven en daarmee de goederen te behouden, of de overeenkomst te herroepen en de goederen tegen zeer geringe kosten terug te zenden. In veel opzichten kan deze keuzevrijheid voordelig zijn voor consumenten. Het dient echter ook overwogen te worden of deze keuzevrijheid, die de basisbeginselen van het contractenrecht aantast, niet ook negatieve

142 Rott & Terryn 2010, p. 265.

143 O'Donoghue & Rabin 2001, p. 149.

144 O'Donoghue & Rabin 2001, p. 150.

145 Loos 2009, p. 244.

146 Choi et al. 2003, p. 185; Akerlof 1991, p. 2. Choi et al. stellen voor om zo een standaard te hanteren die zo slecht zou zijn dat het consumenten onmiddellijk dwingt om actie te ondernemen.

147 Wat betreft deze bevindingen is de mening uitgedrukt door consumentenorganisaties tijdens de evaluatie van de Consumer Acquis zeer verwonderlijk. Zij staan een verlenging van de bedenkttermijn voor naar 14 werkdagen (hetgeen kan oplopen tot ca. 3 weken). Zie: Loos 2009, p. 243.

aspecten heeft.¹⁴⁸ Consumenten kunnen zich overweldigd voelen wanneer zij een keuze moeten maken, met als gevolg dat zij voor de optie kiezen die op dat moment het meest eenvoudig is, maar niet noodzakelijkerwijs de meest voordelige optie hoeft te zijn.¹⁴⁹

Wanneer consumenten een keuze moeten maken, zullen zij de voor- en nadelen van de mogelijke keuzes wegen. Dit besluitvormingsproces kan worden beïnvloed door tal van factoren. Zo kunnen bijvoorbeeld het kader waarbinnen de keuze dient te worden gemaakt, of de benadering en de doelen van de consument van invloed zijn.¹⁵⁰ Een consument wordt genoodzaakt om voldoende informatie over de verschillende keuzes in te winnen om een goed beeld te krijgen of het voordeliger is om de overeenkomst te handhaven of om deze te herroepen. De informatie kan de consument dus in staat stellen om tot een weloverwogen en efficiënt besluit te komen waarvan hij geen spijt zal krijgen.¹⁵¹

Consumentenpsychologisch onderzoek heeft aangetoond dat als consumenten telkens weer nieuwe opties krijgen aangeboden, zij in veel gevallen niet tevreden zullen blijven met wat zij reeds hebben en zich genoodzaakt zullen voelen om naar steeds betere aanbiedingen te zoeken.¹⁵² Dankzij het dwingend herroepingsrecht hebben consumenten enige tijd om een overeenkomst die zij zijn aangegaan te heroverwegen. Door het invoeren van het herroepingrecht voelen consumenten zich aldus niet aan de op afstand gesloten overeenkomst gebonden. Het staat consumenten vrij om tijdens de bedenkttermijn naar betere alternatieven voor reeds verkregen goederen te zoeken. Verkopers vrezen dat het dwingend herroepingsrecht tot dergelijk opportunistisch gedrag van consumenten zal leiden. Consumenten hebben echter ook iets te vrezen, namelijk dat zij door de steeds terugkerende mogelijkheid om voor beter en meer te kiezen verworden tot zogenoemde *maximizers*, consumenten die uitsluitend het beste kunnen accepteren.¹⁵³ *Maximizers* hebben vaak moeite om met gemaakte keuzes tevreden te zijn en investeren te veel tijd in hun zoektocht naar beter en meer, terwijl zij die beter kunnen investeren in zaken zoals familie, werk, enzovoort.¹⁵⁴

De tegenstelling dat het invoeren van het dwingend herroepingsrecht enerzijds de keuzevrijheid van consumenten vergroot, terwijl dit anderzijds niet noodzakelijkerwijs in hun voordeel is, is een voorbeeld van de zogenoemde *choice paradox*.¹⁵⁵ Aangezien het feit dat het dwingend herroepingsrecht de algemene balans tussen de rechten en verplichtingen van de partijen verandert, lijkt een aanzienlijke rechtvaardiging nodig om de contractuele keuzevrijheid in het voordeel van consumenten te vergroten. Een van de doelen van het

148 Tversky & Shafir 1992, p. 358; Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 130; Schwartz 2004, p. 2-3.

149 Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 130; Poutsma 2013, p. 5-6.

150 Bettman et al. 1998, p. 188.

151 Bettman et al. 1998, p. 189; Tversky & Shafir 1992, p. 358.

152 Schwartz 2004, p. 36.

153 Schwartz 2004, p. 78, 96.

154 Schwartz 2004, p. 111.

155 Twigg-Flesner & Schulze 2010, p. 130; Schwartz 2004, p. 2-3.

dwingend herroepingsrecht was om consumenten beter in de gelegenheid te stellen om het sluiten van een overeenkomst op afstand te heroverwegen. De vrijheid voor een consument om alsnog tijdens de bedenktijd van een overeenkomst af te zien kan echter ook tot verwarring en besluiteloosheid leiden. Daarnaast is het ook mogelijk dat consumenten deze keuzevrijheid aangrijpen om meer tijd en moeite in het besluitvormingsproces te investeren, hetgeen dit proces kostbaarder maakt. Of de *choice paradox* uiteindelijk een negatieve invloed heeft op de besluitvorming van consumenten of hun gebruik van het herroepingsrecht vereist meer empirisch onderzoek.

3.7 *Kosteninefficiëntie*

Als een consument de goederen tijdens de bedenktijd gebruikt, kan dit tot de waardevermindering van de goederen leiden. Dit wordt vaak als de voornaamste reden gezien waarom verkopers niet bereid zouden zijn om consumenten het herroepingsrecht zelf aan te bieden, als het niet een dwingend recht zou zijn. Omdat verkopers gedwongen worden consumenten van het herroepingsrecht te voorzien, zullen zij waarschijnlijk de prijzen van de goederen verhogen om hun verliezen te compenseren die zij door het gebruik van het herroepingsrecht door consumenten verwachten te maken. Recent Europees onderzoek heeft echter aangetoond dat slechts weinig consumenten hun herroepingsrecht gebruiken.¹⁵⁶ Dit kan tot gevolg hebben dat overeenkomsten minder efficiënt worden, omdat aan de ene kant de verkopers, anticiperend op het gebruik van het herroepingsrecht, de prijzen van de goederen verhogen, terwijl aan de andere kant de consumenten daar niet naar handelen. De prijsstijging blijkt in deze situatie onnodig, waardoor consumenten een negatieve houding kunnen krijgen ten aanzien van het dwingend herroepingsrecht.¹⁵⁷

Het dwingend herroepingsrecht kan consumenten ook aanzetten tot het sluiten van overeenkomsten zonder dat zij deze voorafgaande aan deze transacties zorgvuldig onderzoeken. De consument weet immers dat hij de goederen tegen zeer geringe kosten retour kan zenden als deze niet bevallen. Aldus wordt deze consument niet gemotiveerd om een grondig vooronderzoek uit te voeren.¹⁵⁸ Als een verkoper deze slecht geïnformeerde consumenten in zijn begroting meerekent, dan zal hij er rekening mee moeten houden dat van alle goederen die hij verkoopt een groot aantal teruggezonden zal worden. Dit kan tot gevolg hebben dat de prijzen voor alle consumenten zullen stijgen. Als gevolg daarvan zullen meer oplettende en beter geïnformeerde consumenten weerhouden worden om overeenkomsten met deze verkoper te sluiten, omdat zij de prijzen voor de goederen te

156 European Commission september 2006, p. 36; European Commission oktober 2008, p. 59.

157 Tenzij de competitie mechanismen van de markt de prijzen weer verlagen.

158 Scott & Triantis 2004, p. 1474.

hoog zullen achten.¹⁵⁹ Dit kan weer een groter aantal herroepingen van op afstand gesloten overeenkomsten tot gevolg hebben.

Een mogelijke oplossing voor dit dilemma zou kunnen zijn om verkopers de vrijheid te geven om hun goederen voor verschillende prijzen aan te bieden met verschillende vormen van het herroepingsrecht.¹⁶⁰ Een consument die bereid is tijd te investeren in het vooronderzoek van de goederen, kan dan voor het herroepingsrecht met een zeer korte bedenktijd kiezen, of voor helemaal geen herroepingsrecht. Een consument die geen behoefte heeft om zijn tijd in het vooronderzoek te investeren, zou een hogere prijs kunnen betalen en daarmee het herroepingsrecht met een lange bedenktijd krijgen.¹⁶¹

4 **HERROEPEN OF NIET HERROEPEN?**

Het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten is ingevoerd om Europese consumenten te beschermen en tegelijkertijd het aantal grensoverschrijdende overeenkomsten te bevorderen. Het invoeren van het herroepingsrecht kan als een duidelijk voorbeeld van paternalistische regelgeving worden gezien, waarmee de positie van de partijen van de overeenkomst van tevoren voor hun eigen bestwil is vastgelegd.¹⁶² Deze bijdrage laat zien dat bepaalde gedragsfenomenen een negatieve invloed kunnen hebben op het gebruik van het herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten. Een aantal van de aannames over consumentengedrag die ten grondslag liggen aan de invoering van het dwingend herroepingsrecht, betreffende de bescherming van irrationele consumenten, blijft echter valide. Het is lastig om normatieve aanbevelingen op basis van alleen consumentenpsychologische bevindingen te trekken, omdat deze niet op alle personen en situaties van toepassing zijn. Bij de beoordeling van de invloed van het Europese dwingend herroepingsrecht op consumenten wordt dit nog verder bemoeilijkt door het gebrek aan empirisch onderzoek op dit punt.

4.1 *Diversiteit van consumenten vs. één paternalistisch beleid*

Er zijn vele redenen denkbaar waarom Europese consumenten geen voorkeur zouden kunnen hebben voor het herroepingsrecht bij op afstand gesloten overeenkomsten. Sommige consumenten zullen bij het sluiten van een overeenkomst op afstand naar goed verstand handelen en het dwingend herroepingsrecht niet nodig hebben. Andere consumenten

¹⁵⁹ Scott & Triantis 2004, p. 1474.

¹⁶⁰ Scott & Triantis 2004, p. 1460-1461. Zie verder volgende paragraaf.

¹⁶¹ De voordelen van deze oplossing dienen gewogen te worden tegen de nadelen door uitbreiding van *choice paradox* voor consumenten. Zie par. 3.6.

¹⁶² Camerer et al. 2003, p. 1211.

betalen liever een lagere prijs voor goederen, dan extra te betalen voor het herroepingsrecht, zelfs als zij niet goed in staat zijn om de overeenkomst voldoende naar waarde te schatten.¹⁶³ Weer andere consumenten zullen geen behoefte aan het herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten hebben, omdat zij dit recht toch niet zullen gebruiken.¹⁶⁴ Tot slot zijn er minder rationele consumenten die het dwingend herroepingsrecht wel zouden kunnen gebruiken, maar uiteindelijk ook geen voordeel aan dit recht zullen behalen. Dit kan omdat zij zeer waarschijnlijk ten prooi zullen vallen aan één van de gedragsvalkuilen beschreven in de voorgaande paragrafen. Voor al deze categorieën consumenten kan het paternalistische beleid dat het dwingend herroepingsrecht invoert een last zijn.¹⁶⁵ De vraag is of er een alternatieve beleidstechnische oplossing bestaat die dezelfde doelen kan bereiken en de genoemde nadelen mogelijkserwijs kan verminderen.

De academische literatuur over asymmetrisch,¹⁶⁶ liberaal,¹⁶⁷ of ‘zacht’¹⁶⁸ paternalisme stelt dat een wetgever dient te zoeken naar oplossingen die de zwakkere, minder rationele consumenten beschermen en steunen, terwijl deze tegelijkertijd niet schadelijk zijn voor verstandige consumenten. Consumenten die met vol verstand handelen, zouden in staat zijn om de kosten en baten van een op afstand gesloten overeenkomst af te wegen en daardoor in staat zijn te besluiten of ze aan de overeenkomst gebonden willen blijven. Zij zullen dus geen behoefte hebben aan de invoering van het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten. Andere, minder rationele, consumenten zouden wel voordeel van het dwingend herroepingsrecht kunnen hebben, ondanks de verschillende gedragsvalkuilen. Op dit moment biedt het dwingend herroepingsrecht enige bescherming voor de groep minder rationele consumenten, maar kan tegelijkertijd schadelijk zijn voor verstandige consumenten. Er is meer empirisch onderzoek nodig om te bepalen of deze negatieve invloed sterk genoeg is om het ondernemen van een paternalistische maatregel te rechtvaardigen en om te bepalen of minder rationele consumenten misschien ook negatieve effecten ervaren door de invoering van het dwingend herroepingsrecht. Om de belangen van de twee groepen met elkaar in overeenstemming te brengen, zou de Europese wetgever de maatregel van het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten in zijn geheel moeten heroverwegen. Alternatieve maatregelen kunnen overwogen worden die een vergelijkbare of betere bescherming van consumenten kunnen waarborgen, en die tegelijkertijd eventuele negatieve effecten, ongeacht hun omvang, kunnen verkleinen.

163 Hansen 2005, p. 424.

164 Bar-Gill & Ben-Shahar 2013, p. 113-115, 121.

165 Camerer et al. 2003, p. 1214; Bar-Gill & Ben-Shahar 2013, p. 113-115.

166 Camerer et al. 2003, p. 1212.

167 Sunstein & Thaler 2003, p. 4.

168 Luth 2010, p. 72-73.

4.2 *Het overlaten aan de markt*

De tegenovergestelde oplossing van het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten zou zijn om marktwerking te laten bepalen waar het herroepingsrecht wenselijk is.¹⁶⁹ Hoewel deze oplossing zeer gewaardeerd zou kunnen worden door consumenten die naar vol verstand handelen, zou het de minder rationele consumenten volledig onbeschermd laten. Dan kan de situatie ontstaan dat consumenten die spijt hebben van hun aankoop, voortaan niet langer overeenkomsten op afstand willen sluiten. Ook kan het voorkomen dat deze consumenten zichzelf overtuigen, bijvoorbeeld door middel van cognitieve dissonantie, dat ze wel tevreden zijn met transacties, die zij eerder ongelukkig achtten. Dit zou voor misleidende positieve mond-tot-mondreclame kunnen zorgen, die een groter aantal consumenten tot het sluiten van dezelfde ongelukkige overeenkomsten aanzet. Het is niet duidelijk of vertrouwen in de marktwerking op het punt van de vrijwillige invoering van het herroepingsrecht zou kunnen bijdragen aan een verdere integratie van de interne markt. Wellicht dat een compromis tussen de twee uitersten, het overlaten aan de marktwerking en het paternalistisch beleid, het overwegen waard is.

4.3 *Wettelijk herroepingsrecht – consumentenvoorkeur*

Een mogelijk compromis zou kunnen zijn om het dwingend herroepingsrecht af te schaffen en daarvoor in de plaats consumenten aan te sporen om hun keuzes expliciet te maken.¹⁷⁰ De Europese wetgever zou bijvoorbeeld kunnen eisen dat elke op afstand gesloten overeenkomst met en zonder het herroepingsrecht wordt aangeboden. Dit optionele herroepingsrecht zou een wettelijk recht voor consumenten kunnen zijn.¹⁷¹ Verkopers zullen daardoor niet de mogelijkheid hebben om een standaardoptie voor consumenten vast te stellen. In plaats daarvan zal de keuze om de overeenkomst met of zonder het herroepingsrecht aan te gaan volledig van de voorkeuren van de consument afhangen.¹⁷² Met deze oplossing kunnen consumenten die meer bescherming behoeven en die twijfelen of zij de waarde van de goederen juist inschatten ervoor kiezen om het herroepingsrecht deel te laten uitmaken van de overeenkomst die ze sluiten. De optie om het herroepingsrecht aan de overeenkomst toe te voegen, zou kunnen worden gezien als een aanvullende waarborg van de kwaliteit van de te leveren goederen.¹⁷³ Deze oplossing zou consumenten net zo goed

¹⁶⁹ Eidenmüller 2011, p. 10.

¹⁷⁰ Sunstein & Thaler 2003, p. 35. Uiteraard zullen de negatieve effecten van een verruimd *choice paradox* overwogen moeten worden, wanneer men beslist over welke oplossing het voordeligst voor consumenten is.

¹⁷¹ Eidenmüller 2011, p. 11.

¹⁷² Bar-Gill & Ben-Shahar 2013, p. 120-121.

¹⁷³ Eidenmüller 2011, p. 11.

als het dwingend herroepingsrecht kunnen stimuleren om overeenkomsten op afstand te sluiten, omdat verkopers niet in staat zullen zijn om consumenten ervan te weerhouden het herroepingsrecht aan de overeenkomst toe te voegen. Deze oplossing houdt echter geen rekening met de mogelijkheid dat consumenten geen herroepingsrecht aan hun overeenkomsten zullen toevoegen door de werking van de hiervoor genoemde psychologische fenomenen. Dit zou ertoe kunnen leiden dat consumenten die dit herroepingsrecht het meest nodig hebben, namelijk slecht geïnformeerde en minder verstandige consumenten, hier geen beroep op kunnen doen. Irrationele consumenten kunnen niet altijd goed inschatten of het toevoegen van het herroepingsrecht aan hun overeenkomsten in hun voordeel is. Dit is in het bijzonder van toepassing op consumenten die geneigd zijn tot uitstelgedrag en passiviteit in hun besluitvormingsproces. Dergelijke consumenten zijn alleen voldoende beschermd door het Europese consumentenrecht als zij het herroepingsrecht ontvangen ondanks hun passiviteit in het verkrijgen van dit recht.¹⁷⁴

4.4 *Opt-out of opt-in*

Een ander compromis zou kunnen zijn dat de Europese wetgever de consument laat kiezen om het herroepingsrecht al dan niet toe te voegen, waarbij de optie voor het herroepingsrecht standaard wordt aangevinkt.¹⁷⁵ De standaardoptie maakt dan het herroepingsrecht een vaste voorwaarde van op afstand gesloten overeenkomsten, tenzij de consument expliciet afstand doet van dit recht door deze optie te 'uitvinken'. Met dit *opt-out* systeem worden passieve consumenten automatisch in bescherming genomen door de toevoeging van het herroepingsrecht aan hun overeenkomst.¹⁷⁶ Omdat consumenten die naar vol verstand handelen in staat zijn om een goede inschatting te maken van de kosten en baten van een overeenkomst, zullen zij ook kunnen inschatten wanneer het zinvol is om het herroepingsrecht in te trekken. Aldus zou dit *opt-out* systeem bijzonder voordelig voor Europese consumenten kunnen zijn, tenzij blijkt, bijvoorbeeld door verder onderzoek in de consumentenpsychologie, dat het hanteren van het herroepingsrecht bij op afstand gesloten overeenkomsten alleen bij hoge uitzondering in het voordeel van consumenten is. In dat geval zou waarschijnlijk het *opt-in* systeem de betere oplossing zijn. Beide oplossingen dienen met zorg door de Europese wetgever te worden overwogen, omdat consumentenpsychologisch onderzoek heeft aangetoond dat standaardopties vaak door consumenten als aanbevelingen voor een bepaalde aanpak worden gezien en luiheid in het besluitvormingsproces bevorderen.¹⁷⁷ Daarnaast kan het aangevinkt zijn van een keuze

¹⁷⁴ Camerer et al. 2003, p. 1225.

¹⁷⁵ Eidenmüller 2011, p. 12; Dreier 2010, p. 145.

¹⁷⁶ Dreier 2010, p. 144; zie ook: Poutsma 2013, p. 4-5.

¹⁷⁷ Johnson et al. 2002, p. 7; Choi et al. 2003, p. 184.

als referentiepunt worden beschouwd van waar consumenten recht op hebben, hetgeen *loss aversion* zou kunnen activeren, als het schakelen tussen opties wordt overwogen.¹⁷⁸ Onderzoek toont aan dat ongeacht welke optie van tevoren is aangevinkt, deze dan over het algemeen genomen aangevinkt blijft en deel zal uitmaken van de overeenkomst. Al met al is het zonder verder empirisch onderzoek onmogelijk om één van de twee opties aan de Europese wetgever aan te bevelen.

Een besluit van de Europese wetgever om het dwingend herroepingsrecht door een *opt-out* of een *opt-in* systeem te vervangen, zou gemaakt kunnen worden vanuit het principe dat 'de meerderheid profiteert'. De optie die voordeliger is voor het grootste aantal consumenten zou dan als standaardoptie kunnen worden gebruikt.¹⁷⁹ Daarmee zouden de kosten van het besluitvormingsproces om het herroepingsrecht al dan niet te gebruiken voor de meeste consumenten wegvallen, aangezien de standaardoptie hun belangen al beschermt.¹⁸⁰ Sunstein en Thaler geven nog een andere mogelijkheid, namelijk om een standaardoptie aan te bieden waarbij het aantal consumenten dat van deze optie afwijkt het kleinst is.¹⁸¹ Dit zou betekenen dat alleen als de meerderheid van de consumenten het herroepingsrecht zal willen gebruiken, het herroepingsrecht als standaardoptie zal worden aangeboden. De toepassing van één van deze voorstellen zou de kosten van het herroepingsrecht kunnen minimaliseren. Het wordt moeilijker en duurder voor een consument om zich tegen de gemaakte standaardoptie te verzetten, dan wanneer hij zich berust in de status-quo.¹⁸²

4.5 *Het recht tot behoud van een overeenkomst*

Tot slot zou het dwingend herroepingsrecht door een recht tot behoud van de overeenkomst kunnen worden vervangen.¹⁸³ Dit zou de gevolgen van uitstelgedrag en van andere gedragsfenomenen die consumenten van het gebruik van het herroepingsrecht zouden kunnen weerhouden, kunnen tegengaan. Dit houdt in dat alle op afstand gesloten overeenkomsten voor een korte termijn van bijvoorbeeld zeven of veertien dagen (overeenkomstig de bedenktijd) worden gesloten. Na deze bedenktijd zal de overeenkomst automatisch worden ontbonden, met de verplichting voor beide partijen om dat wat ze tijdens die periode van de andere partij hebben ontvangen terug te zenden. De ontbinding van de overeenkomst zal plaatsvinden, tenzij de consument de verkoper meedeelt dat hij de overeenkomst wil handhaven. Hoewel deze methode de consument mogelijk beschermt tegen de gevolgen van zijn eigen irrationele eigenschappen en handelingen, bijvoorbeeld

178 Choi et al. 2003, p. 184.

179 Sunstein & Thaler 2003, p. 34.

180 Camerer et al. 2003, p. 1226.

181 Sunstein & Thaler 2003, p. 36.

182 Dreier 2010, p. 147.

183 Eidenmüller 2011, p. 20.

als gevolg van passiviteit, verhoogt deze tegelijkertijd de kosten voor verkopers. De verkopers zullen immers genooddzaakt zijn om consumenten tijdig te attenderen op het verlopen van de bedenkttermijn, omdat anders de overeenkomst automatisch zal worden ontbonden. Het zal aan de verkopers zijn om de eerdergenoemde gedragsvooroordelen te overwinnen, die de consument anders zullen leiden naar de standaardoptie, in dit geval de automatische ontbinding van de overeenkomst. Andere gedragsfenomenen, zoals het *endowment effect*, kunnen echter in het voordeel van de verkoper werken om consumenten te helpen overtuigen om de overeenkomst voort te zetten.

4.6 *Conclusie*

Er is meer empirisch onderzoek nodig om te beoordelen hoe vaak en hoe efficiënt consumenten van hun herroepingsrecht in de hiervoor genoemde oplossingen zouden gebruikmaken. Ongeacht de details over hoe het herroepingsrecht aan consumenten moet worden aangeboden, is het duidelijk dat de Europese wetgevers een nieuwe aanpak van het herroepingsrecht zouden moeten overwegen. Het hangt af van de resultaten van meer empirisch onderzoek of één van de hiervoor genoemde oplossingen een betere blijkt te zijn. Op basis van de op dit moment beschikbare gegevens kan men twifelen of het dwingend herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten, als uitzondering op het contractenrechtelijke beginsel *pacta sunt servanda*, aan consumentenwelzijn heeft bijgedragen, zoals dat de bedoeling was. Het zal voor de Europese wetgevers de moeite waard zijn om de huidige maatregelen voor op afstand gesloten overeenkomsten te heroverwegen, en om bij de besluitvorming rekening te houden met consumentenpsychologisch onderzoek.

LITERATUUR

Akerlof 1970

G. Akerlof, 'The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism', *Quarterly Journal for Economics*, vol. 84, 1970, p. 488.

Akerlof 1991

G. Akerlof, 'Procrastination and Obedience', *The American Economic Review*, vol. 81 (2), 1991, p. 1-19.

Ariely & Simonson 2003

D. Ariely & I. Simonson, 'Buying, Bidding, Playing, or Competing? Value Assessment and Decision Dynamics in Online Auctions', *Journal of Consumer Psychology*, vol. 13 (1&2), 2003, p. 113-123.

Baron & Ritov 1994

J. Baron & I. Ritov, 'Reference Points and Omission Bias', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 59, 1994, p. 475-498.

Barr-Gill & Ben-Shahar 2013

O. Bar-Gill & O. Ben-Shahar, 'Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of the Common European Sales Law', *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, p. 109-125.

Bellman et al. 2001

S. Bellman, E.J. Johnson & G.L. Lohse, 'To Opt-In or Opt-Out? It Depends on the Question', *Communications of the AMC*, vol. 44, 2001, p. 25-27.

Ben-Shahar & Posner 2011

O. Ben-Shahar & E.A. Posner, 'The right to withdraw in contract law', *The Journal of Legal Studies*, vol. 40, 2011, p. 115-148.

Bettman et al. 1998

J.R. Bettman, M.F. Luce & J.W. Payne, 'Constructive Consumer Choice Processes', *Journal of Consumer Research*, vol. 25, 1998, p. 187-217.

Borges & Ilrenbusch 2007

G. Borges & B. Ilrenbusch, 'Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights', *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 163, 2007, p. 84-101.

Camerer et al. 2003

C. Camerer, S. Issacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue & M. Rabin, 'Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for "assymetric paternalism"', *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, 2003, p. 1211-1254.

Choi et al. 2003

J.J. Choi, D. Laibson, B.C. Madrian & A. Metrick, 'Optimal Defaults', *The American Economic Review*, vol. 93, 2003, p. 180-185.

Ding et al. 2005

M. Ding, J. Eliashberg, J. Huber & R. Saini, 'Emotional Bidders – An Analytical and Experimental Examination of Consumers' Behavior in a Priceline-Like Reverse Auction', *Management Science*, vol. 51, 2005, p. 352-364.

Donthu & Garcia 1999

N. Donthu & A. Garcia, 'The Internet Shopper', *Journal of Advertising Research*, vol. 39/3, 1999, p. 52-58.

Dreier 2010

T. Dreier, '“Opt in” and “opt out” mechanisms in the internet era – towards a common theory', *Computer Law and Security Report*, vol. 26, 2010, p. 144-150.

Eidenmüller 2006

H. Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?', *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2011, p. 1-24.

European Commission 2006

European Commission, 'Consumer protection in the internal market', september 2006, Special Eurobarometer 252, http://ec.europa.eu/consumers/topics/eurobarometer_09-2006_en.pdf.

European Commission 2008

European Commission, 'Consumer protection in the internal market', oktober 2008, Special Eurobarometer 298, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_298_en.pdf.

European Commission 2008

European Commission, 'Great potential of cross-border shopping going unfulfilled, says EU report', persbericht van 2 oktober 2008, IP/08/1447, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1447_en.htm?locale=en.

European Commission 2011

European Commission, 'Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection. Analytical report', *Flash Eurobarometer 299*, maart 2011, http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/consumer_eurobarometer_2011_en.pdf.

Fischhoff et al. 1977

B. Fischhoff, P. Slovic & S. Lichtenstein, 'Knowing with Certainty: The Appropriateness of Extreme Confidence', *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, vol. 3 (4), 1977, p. 552-564.

Froomkin 200

A.M. Froomkin, 'The Death of Privacy?: A New Legal Paradigm?', *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000, p. 1461-1543.

Gilovich & Husted Medvec 1995

T. Gilovich & V. Husted Medvec, 'The Experience of Regret: What, When, and Why', *Psychological Review*, vol. 102 (2), 1995, p. 379-395.

Gilovich et al. 1995

T. Gilovich, V. Husted Medvec & S. Chen, 'Commission, Omission and Dissonance Reduction: Coping with Regret in the "Monty Hall" Problem', *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 21, 1995, p. 182-190.

Gómez 2004

F. Gómez, 'EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How related are they? A Law and Economics perspective', *Private Law in European context series*, vol. 5, 2004, p. 187-204.

Hansen 2005

T. Hansen, 'Perspectives on consumer decision making: An integrated approach', *Journal of Consumer Behaviour*, vol. 4, 6, 2005, p. 420-437.

Harridge-March 2006

S. Harridge-March, 'Can the building of trust overcome consumer perceived risk online?', *Marketing Intelligence & Planning*, vol. 24 (7), 2006, p. 746-761.

Hillman & Rachlinski 2002

R.A. Hillman & J.J. Rachlinski, 'Standard-form contracting in the electronic age', *New York University Law Review*, vol. 77, 2002, p. 429-495.

Hoffman et al. 1999

D.L. Hoffman, T.P. Novak & M. Peralta, 'Building Consumer Trust Online', *Communications of the ACM*, vol. 42 (4), 1999, p. 80-85.

Jain & Maheswaran 2000

S.P. Jain & D. Maheswaran, 'Motivated reasoning: A depth-of-processing perspective', *Journal of Consumer Research*, vol. 26 (4), 2000, p. 358-371.

Johnson et al. 2002

E.J. Johnson, S. Bellman & G.L. Lohse, 'Defaults, Framing and Privacy: Why Opting In-Opting Out', *Marketing Letters*, vol. 13, 2002, p. 5-15.

Kahneman et al. 1991

D. Kahneman, J.L. Knetsch & R.H. Thaler, 'Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias', *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5 (1), 1991, p. 193-206.

Kunda 1990

Z. Kunda, 'The case for motivated reasoning', *Psychological Bulletin*, vol. 108 (3), 1990, p. 480-498.

Lichtenstein & Fischhoff 1977

S. Lichtenstein & B. Fischhoff, 'Do those who know more also know more about how much they know?', *Organizational Behavior and Human Performance*, vol. 20, 1977, p. 159-183.

Loewenstein 2000

G. Loewenstein, 'Emotions in Economic Theory and Economic Behavior', *The American Economic Review*, vol. 90 (2), 2000, p. 426-432.

Loos 2007

M. Loos, 'The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 15 (1), 2007, p. 5-36.

Loos 2009

M. Loos, 'Rights of Withdrawal', in: G. Howells, Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, p. 237-277.

Luth 2012

H. Luth, *Behavioural Economics in Consumer Policy*, Antwerp: Intersentia 2010, p. 1-322.

Mak & Braspenning 2012

V. Mak & J. Braspenning, 'Errare humanum est: Financial Literacy in European Consumer Credit Law', *Journal of consumer policy*, vol. 35, 2012, p. 307-333.

Mitchell et al. 2009

O.S. Mitchell, G.R. Mottola, S.P. Utkus & T. Yamaguchi, 'Default, framing and spillover effects: the case of lifecycle funds in 401(k) plans', *NBER Working Paper Series*, vol. 6, 2009, working paper 15108, www.nber.org/papers/w15108.

O'Donoghue & Rabin 1999

T. O'Donoghue & M. Rabin, 'Doing It Now or Later', *The American Economic Review*, vol. 89 (1), 1999, p. 103-124.

O'Donoghue & Rabin 2001

T. O'Donoghue & M. Rabin, 'Choice and Procrastination', *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 116 (1), 2001, p. 121-160.

Poutsma 2013

S.E. Poutsma, 'Beïnvloedingsmogelijkheden bij de (stilzwijgende) verlenging van consumentenovereenkomsten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, vol. 1, 2013, p. 3-20.

Rekaiti & Van den Bergh 2000

P. Rekaiti & R. van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach', *Journal of Consumer Policy*, vol. 23, 2000, p. 371-407.

Rott & Terry 2010

P. Rott & E. Terry, 'The Right of Withdrawal and standard terms', in: H.W. Micklitz, J. Stuyck & E. Terry (eds.), *Consumer Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2010, p. 239-279.

Savitsky et al. 1997

K. Savitsky, V. Husted Medvec & T. Gilovich, 'Remembering and Regretting: The Zeigarnik Effect and the Cognitive Availability of Regrettable Actions and Inactions', *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 23, 1997, p. 248-257.

Schwartz 2004

B. Schwartz, *The Paradox of Choice*, New York: Harper Perennial 2004, p. 1-265.

Schweitzer 1994

M. Schweitzer, 'Disentangling Status Quo and Omission Effects: An Experimental Analysis', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 58, 1994, p. 457-476.

Scott & Triantis 2004

R.E. Scott & G.G. Triantis, 'Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law', *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, p. 1428-1491.

Stanaland et al. 2011

A.J.S. Stanaland, M.O. Lwin & A.D. Miyazaki, 'Online Privacy Trustmarks. Enhancing the Perceived Ethics of Digital Advertising', *Journal of Advertising Research*, September, 2011, p. 511-523.

Steenkamp 1989

J.B.E.M. Steenkamp, *Product Quality: An investigation into the concept and how it is perceived by consumers*, Assen: Van Gorcum 1989.

Strahilevitz & Loewenstein 1998

M.A. Strahilevitz & G. Loewenstein, 'The Effect of Ownership History on the Valuation of Objects', *Journal of Consumer Research*, vol. 25, 1998, p. 276-289.

Stremitzer 2010

A. Stremitzer, 'Opportunistic Termination', *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 2010, p. 1-26.

Sunstein & Thaler 2003

C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'Libertarian paternalism is not an oxymoron', *University of Chicago Law Review*, forthcoming in 2003, not published, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=405940>.

Thaler 1980

R.H. Thaler, 'Toward a positive theory of consumer choice', *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 1, 1980, p. 39-60.

Tversky & Kahneman 1991

A. Tversky & D. Kahneman, 'Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model', *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 106 (4), 1991, p. 1039-1061.

Tversky & Shafir 1992

A. Tversky & E. Shafir, 'Choice Under Conflict: The Dynamics of Deferred Decision', *Psychological Science*, vol. 3 (6), 1992, p. 358-361.

Twigg-Flesner & Schulze 2010

Ch. Twigg-Flesner & R. Schulze, 'Protecting rational choice: information and the right of withdrawal', in: G. Howells, I. Ramsay, T. Wilhelmsson & D. Kraft (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 130-157.

Verhagen & Van Doelen 2009

T. Verhagen & W. van Doelen, 'The influence of online store characteristics on consumer impulsive decision-making: a model and empirical application', Serie Research Memoranda VU, 2009, 46, p. 1-33, <http://dare.ubvu.vu.nl/bitstream/handle/1871/15294/20090046.pdf;jsessionid=637B1B89F909288941DC3462DA2BECCB?sequence=2>.

Wright 1974

P. Wright, 'The Harassed Decision Maker: Time Pressures, Distractions, and the Use of Evidence', *Journal of Applied Psychology*, vol. 59 (5), 1974, p. 555-561.

11 VAN FICTIE NAAR FEITEN

Een evidence-based aanpak van inkoopmacht

M.W. de Hoon

SAMENVATTING

Inkoopmacht en het vermeende misbruik daarvan zijn al enige tijd onderwerp van gesprek, ook in de Eerste en Tweede Kamer. De Nederlandse overheid zet in op een gedragscode, maar leveranciers vragen zich af of dit hun problemen kan oplossen. Inkooporganisaties vinden een gedragscode niet nodig: ze ontkennen dat er problemen zijn. Dit roept de vraag op wat we nu echt weten over het bestaan en het bestrijden van inkoopmacht. Dit hoofdstuk onderzoekt welke feiten zijn vastgesteld in onafhankelijk onderzoek, aan de hand van vier presumpties over gedrag en effecten. Hieruit blijkt dat er al aardig wat onderzoeken zijn verricht naar inkoopmacht. Desondanks weten we het merendeel nog niet. Wat voor consequenties heeft dit voor de Nederlandse keuze wat betreft de aanpak van inkoopmacht? In het vervolg van het hoofdstuk wordt de huidige door de minister ingezette koers om inkoopmacht tegen te gaan aan een kritisch nader onderzoek onderworpen. In het verlengde hiervan besteed ik aandacht aan de vraag hoe een meer evidence-based aanpak er in grote lijnen uit zou kunnen zien.

1 INLEIDING

‘Paprikateelt onder de kostprijs’, zo kopte *het Financieele Dagblad* in het voorjaar van 2012. Aan het woord kwam een paprikateler, die vertelde al drie jaar onder de kostprijs te moeten verkopen. De boosdoeners waren de grote inkooporganisaties, die door hun schaalgrootte konden eisen wat ze willen. Inkoopmacht en het vermeende misbruik daarvan zijn al langer onderwerp van gesprek, ook in de Eerste en Tweede Kamer.¹ De Nederlandse overheid zet in op zelfregulering, maar leveranciers vragen zich af of een gedragscode hun problemen

1 In november 2012 stond het thema inkoopmacht weer op de agenda van de Eerste Kamer. Zie de brief van de minister van 23 november 2012, Kamerstukken I 2012/13, 31 531. Hieraan vooraf gingen vele Kamerdebatten, nota's en onderzoeksrapporten. Het thema inkoopmacht heeft ook de aandacht van de Europese Commissie. Deze aandacht ligt in lijn met het streven van de Commissie de positie van het MKB te versterken, zie hiervoor de *Commissie Communication* (2008) getiteld ‘*Think Small First – A Small Business Act for Europe*’, COM(2008)0394.

kan oplossen. Inkooporganisaties vinden een gedragscode niet nodig: ze ontkennen dat er problemen zijn. Dit roept de vraag op wat we nu *echt* weten over het bestaan en het langs juridische wegen bestrijden van inkoopmacht. Welke feiten zijn vastgesteld in onafhankelijk onderzoek? En wat voor consequenties heeft dit voor de Nederlandse keuze wat betreft de aanpak van inkoopmacht?

Deze bijdrage heeft een tweeledig doel. Het eerste doel is te onderzoeken welke feiten ten aanzien van het bestaan en het bestrijden van inkoopmacht zijn vastgesteld in onafhankelijk onderzoek.² Onafhankelijk betekent in dit geval dat de onderzoeken afkomstig zijn van onderzoekers of onderzoeksinstituten die neutraal ten opzichte van de uitkomst staan. Inkoopmacht blijkt een thema waar, maatschappelijk gezien, veel om te doen is. Zowel inkopers als leveranciers worden bijgestaan door lobbygroepen die zelf onderzoek doen of onderzoek initiëren en financieren.³ Deze onderzoeken laat ik buiten beschouwing. De onderzoeken die wel bij de analyse betrokken zijn, zijn empirisch en soms deels economisch van aard. Ze zien op de aard en omvang van inkoopmacht en zijn voornamelijk afkomstig uit Nederland en het Verenigd Koninkrijk.⁴ Kijken we naar de discussie over inkoopmacht, dan zijn er grofweg vier presumpties die een rol spelen. De eerste twee hebben betrekking op gedragingen van ondernemers, de laatste twee op effecten van gedragingen en getroffen maatregelen.

Het tweede doel is te analyseren wat de consequenties zijn van het al dan niet ontbreken van 'een empirische voedingsbodem' voor veelgenoemde gedragingen en effecten van (maatregelen tegen) inkoopmacht. Meer in het bijzonder zal de huidige door de minister ingezette koers om inkoopmacht tegen te gaan (zelfregulering) kritisch tegen het licht worden gehouden. Ik maak hierbij gebruik van aanvullende literatuur; literatuur die in kaart brengt welke factoren van belang zijn voor het bereiken van een beleidsdoel met behulp van zelfregulering. In het verlengde hiervan besteed ik, ten slotte, aandacht aan de vraag hoe een meer *evidence-based* aanpak er in grote lijnen uit zou kunnen zien.

Inkoopmacht speelt in veel sectoren een rol.⁵ In deze bijdrage beperk ik me tot de branche waar in de (door de media gevormde) publieke opinie veel ophef over bestaat: de voedings- en levensmiddelenbranche (ook wel kortweg 'de supermarktbranche'). Ik begin met een korte introductie van wat inkoopmacht is (par. 2), wat de betekenis van het mededingingsrecht is (par. 3) en wat de elders getroffen maatregelen zijn (par. 4). Daarna volgt een bespreking van de vier presumpties (par. 5), welke afgesloten wordt met een

2 Het thema inkoopmacht is breed en de hoeveelheid onderzoeken in alle lidstaten is groot. Het overzicht is dan ook niet volledig. Het bevat wel de belangrijkste Nederlandse onderzoeken in de detailhandel, alsmede de kernrapporten die in Engeland zijn verschenen over de effecten van de getroffen maatregelen. Een enkele keer wordt daarnaast nog verwezen naar een rapport uit een ander land.

3 Zie bijvoorbeeld Van der Stichele & Young 2009, alsmede Quinn 2005.

4 Een enkele keer betrek ik onderzoeken uit Frankrijk, Duitsland België of de VS erbij.

5 Zie voor een overzicht van branches waar inkoopmacht een rol speelt Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009, p. 17 ('het EIM-rapport').

tussenconclusie. Paragraaf 6 bevat een kritische bespreking van de huidige koers om inkoopmacht aan te pakken. Paragraaf 7 is een afsluitende paragraaf. In deze paragraaf bespreek ik wat, gegeven het voorgaande, een goede aanpak voor de toekomst zou kunnen zijn.

2 WAT IS INKOOPMACHT?

Voor inkoopmacht zijn drie schakels in een bedrijfskolom nodig: producenten (of leveranciers), detaillisten en consumenten. Detaillisten (in de supermarktbranche zijn dit de inkooporganisaties) zijn de centrale schakel in de bedrijfskolom.⁶ Zij zijn de vragende partij op de inkoopmarkt (*upstream market*) en tegelijkertijd de verkopende partij op de consumentenmarkt (*downstream market*).⁷ Volgens een veelgebruikte definitie van inkoopmacht heeft een detaillist inkoopmacht als hij het vermogen heeft om het prijsniveau tot onder de normale verkoopprijzen van de leveranciers te verlagen, of anderszins de voorwaarden rond de aankoop meer in het voordeel van de afnemer af te sluiten dan bij gelijkwaardige leverancier-afnemerrelaties gewoon is.⁸

3 DE BETEKENIS VAN HET MEDEDINGINGSRECHT

Het mededingingsrecht stelt paal en perk aan het hebben van inkoopmacht.⁹ In het mededingingsrecht is sprake van een economische machtspositie als een marktpartij zich onafhankelijk van zijn afnemers en/of concurrenten kan opstellen.¹⁰ Eén van de manieren waarop het mededingingsrecht grenzen stelt aan het hebben van inkoopmacht is door concentratiecontrole.¹¹ Dit is een preventieve toets: door bepaalde concentraties niet toe

6 Er bestaat een nauwe verwantschap tussen de inkoopcombinaties en de supermarkten: ze vertegenwoordigen de supermarkten in de *wholesale market*. Vanwege die nauwe verwantschap zijn de termen 'inkoper' en 'supermarkt' in dit hoofdstuk inwisselbaar, tenzij uitdrukkelijk anders is aangegeven.

7 Kijken we naar de supermarktbranche, dan wordt ook gesproken van een detailhandelsmarkt (*retail market*) en een groothandelsmarkt (*wholesale market*). De *retail market* is de markt tussen supermarkten en de consumenten, de *wholesale market* die tussen de leveranciers van levensmiddelen en inkoopcombinaties.

8 Deze definitie is afkomstig van Chen (Chen 2007); het is de definitie waar de auteurs van het EIM-rapport zich door hebben laten inspireren. De normale verkoopprijs is de prijs die de afnemer maximaal kan vragen in een competitieve markt, zonder de aanwezigheid van inkoopmacht.

9 Onlangs verscheen hierover een rapport van SEO Economisch Onderzoek. Het rapport is geschreven in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, zie Baarsma & Rosenboom 2013.

10 Art. 1, aanhef en onder i, Mw: Een economische machtspositie is de 'positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen'.

11 Zie voor een grondige bespreking van concentratiecontrole Appeldoorn & Vedder 2010, p. 153-173.

te staan, kan het ontstaan van een te dominante economische machtspositie worden voorkomen.¹²

Een andere manier is het verbod van misbruik van een economische machtspositie.¹³ Een veelheid aan factoren bepaalt of sprake is van een economische machtspositie.¹⁴ Een belangrijke, maar niet doorslaggevende, factor is het marktaandeel van de inkoper op de *upstream*-markt. Maar ook de positie op de *downstream*-markt is van belang. Als een supermarkt stevig moet concurreren met anderen, ligt het voor de hand dat de voordelen doorgegeven worden aan de consument. Het hebben van marktmacht is niet verboden, misbruik maken van marktmacht wel. In de literatuur worden doorgaans twee vormen onderscheiden: uitbuiting en uitsluiting.¹⁵ Onbillijk hoge prijzen of andere onbillijke voorwaarden kunnen een vorm van uitbuiting zijn, maar de toepassing van deze criteria blijkt in de praktijk lastig. Hetzelfde geldt voor de tweede grond: uitsluiting. Van uitsluiting is bijvoorbeeld sprake als de inkoper (door exclusiviteitsbedingen) belemmeringen opwerpt voor (potentiële) concurrenten. Volgens kenners is dit de laatste trend in de supermarktbranche.¹⁶ Toch biedt artikel 24 Mededingingswet (hierna: Mw) leveranciers zo goed als geen uitkomst.¹⁷ Alleen de zaken die tot een verslechtering van de positie van de consument leiden, worden door de Commissie of de Autoriteit Consument & Markt aangepakt.¹⁸ Het aantal civielrechtelijke zaken waarin een beroep wordt gedaan op het mededingingsrecht

12 Zo keurde de NMa in de zomer van 2012 de overname van 82 winkels van Jumbo door Ahold, en 54 winkels van Jumbo door Coop goed. De toets vond zowel op landelijk niveau als op lokaal niveau plaats. Op landelijk niveau zag de NMa geen concurrentieproblemen ontstaan, omdat de marktaandelen van Ahold en Coop door de overname slechts in beperkte mate toenamen en er sterke concurrenten actief waren. Op lokaal niveau had de NMa eerder al enkele problemen gesignaleerd, op grond waarvan Jumbo enkele winkels aan Coop moest verkopen. In de betreffende plaatsen hadden consumenten volgens de NMa onvoldoende keuzemogelijkheden. Zie voor andere voorbeelden van ingrijpen door de NMa het Visiedocument Inkoopmacht 2004, 17.

13 Het Nederlandse equivalent van art. 102 VWEU is art. 24 Mw. Inhoudelijk is het Nederlandse recht grotendeels gelijk aan het Europese recht, zowel ten aanzien van het kartelverbod als ten aanzien van het misbruikverbod. Zie hiervoor Appeldoorn & Vedder 2010, p. 272-273.

14 Relevant zijn onder meer het marktaandeel van de veronderstelde machtige inkoper, de marktaandelen van de andere spelers op de markt, eventuele verkoopmacht aan de kant van de leverancier (*countervailing power*), het bestaan van toetredingsbarrières en het type contract dat de veronderstelde machtige inkoper met zijn leveranciers heeft gesloten. Zie hiervoor uitvoerig het Visiedocument Inkoopmacht 2004, p. 44-47. Zie ook Appeldoorn & Vedder 2010, p. 99-102, die meer factoren noemen.

15 Zie over beide vormen uitvoerig Appeldoorn & Vedder 2010, p. 105 e.v.

16 Zie FD 23 oktober 2012, p. 14, 'Merkartikel als het nieuwe huismerk'. De verklaring hiervoor is dat supermarkten zich op prijs niet meer voldoende kunnen onderscheiden; supermarkten zoeken naar andere middelen om consumenten aan zich te binden. Er zijn, zo bericht het FD, steeds meer producten die exclusief voor één supermarktformule gefabriceerd worden.

17 Zie Baarsma & Rosenboom 2013.

18 Appeldoorn & Vedder 2010, p. 125. Onlangs is in opdracht van de minister van EL&I onderzoek gedaan naar de werking van art. 24 Mw, zie Baarsma & Rosenboom 2013 en het verslag van dit onderzoek in de brief van de Minister van 23 november 2012, Kamerstukken I 2012/13, 31 531. In een bestuurlijke reactie beloofde de NMa in haar informatievoorziening naar buiten meer duidelijkheid te verschaffen over de handhaving van het misbruikverbod.

neemt weliswaar toe, maar de praktijk wijst uit dat er obstakels zijn voor de civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.¹⁹ Ook deze route is voor leveranciers niet erg hoopgevend.

De derde manier waarop het mededingingsrecht inkoopmacht tracht te begrenzen is via het kartelverbod.²⁰ Specifiek met het oog op versterking van de positie van leveranciers uit het MKB is de bagatelvrijstelling onlangs verruimd van een gezamenlijk marktaandeel van 5% naar 10%. De omzetsgrens is komen te vervallen. Hierdoor kunnen kleinere leveranciers vaker mededingingsafspraken maken of verkoopcombinaties vormen. Dit zou het evenwicht tussen kleine leveranciers en grote afnemers met inkoopmacht iets moeten herstellen.²¹

4 GETROFFEN MAATREGELEN

In Nederland zijn er, afgezien van een tweetal ‘kleinere’ wetswijzigingen, geen maatregelen getroffen om inkoopmacht tegen te gaan.²² Op Europees niveau wel: in november 2010 werden *Principles of Good Practice* geformuleerd, voor verticale overeenkomsten in *The Food Supply Chain*.²³ De principles zijn opgesteld door het *High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain*, een platform waar experts uit de industrie, afkomstig van verschillende lidstaten, in vertegenwoordigd zijn.²⁴ Ze bevatten een drietal algemene principes (*consumers perspective*, *freedom of contract* en *fair dealing*), zeven specifieke principes en ten slotte een lijst van concrete bedingen die verboden of juist toegestaan zijn.²⁵ In de zomer van 2011 heeft het Europees Parlement bovendien een resolutie aangenomen over de aanpak van problemen in de retail. Het Europees Parlement roemt de

19 Zie o.m. Zipprow 2009 en Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007. Laatstgenoemden signaleren dat de civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een belangrijkere rol speelt dan wel wordt aangenomen. Ook kent het huidige procesrecht volgens hen geen noemenswaardige obstakels om het mededingingsrecht via het privaatrecht te handhaven. Wel signaleren ze dat de private handhaving waarschijnlijk meer tot bloei zou komen als er meer duidelijkheid zou komen over de inhoud van de materiële normen, zie hierover ook de vorige noot.

20 Art. 101 WVEU, art. 6 Mw.

21 Om strijd met het Europese recht te voorkomen, geldt deze regeling alleen voor afspraken binnen Nederland met Nederlandse bedrijven. Het (gewijzigde) voorstel (32 664) is op 13 september 2011 in de Eerste Kamer aanvaard en inmiddels in werking getreden.

22 De eerste betreft de aanpassingen van de bagatelregeling (zie de vorige noot); de tweede is de implementatie van de Europese richtlijn inzake betalingsachterstanden, 2011/7.

23 *Principles of Good Practice* 2011.

24 Commission Decision 30 July 2010, 2010/C 210/03. Hieraan vooraf gingen onder meer een rapport van *The High Level Group on the Competitiveness of the Agro-Food Industrie* en een beleidsstuk van de Commissie waarin aanbevelingen worden gedaan om de eerder gesignaleerde problemen aan te pakken (COM (2009) 591, 28 oktober 2009).

25 De Europese *Principles of Good Practice* kennen (vooralsnog) geen nalevings- en handhabingsbepalingen.

inspanningen van het *High Level Forum*, maar roept tegelijkertijd op tot een bredere en meer effectieve aanpak.²⁶

In een flink aantal lidstaten is al maatregelen getroffen (of wordt onderzoek gedaan naar de geschikte maatregelen) om misbruik van inkoopmacht tegen te gaan.²⁷ In het Verenigd Koninkrijk is bijvoorbeeld in 2009 een vernieuwde versie van een gedragscode verschenen.²⁸ Voor de handhaving van deze code is onder meer een specifieke ombudsman ingesteld. In Duitsland en in Frankrijk geldt een verbod op *below costselling*, wat inhoudt dat supermarkten hun producten niet beneden de *wholesale* prijs mogen verkopen. Dat verbod is in Duitsland opgenomen in de Duitse mededingingswet (GWB); het gaat gepaard met andere specifiek omschreven verboden gedragingen die samenhangen met het hebben van marktmacht. Anders dan in Nederland geldt daarbij niet dat pas ingegrepen wordt als consumenten aantoonbaar benadeeld worden. In België is een gedragscode ingevoerd, terwijl een land als Tsjechië weer voor wetgeving heeft gekozen.²⁹ In Duitsland en in Frankrijk, ten slotte, wordt recentelijk gesproken over de ontwikkeling van standaardcontracten in specifieke branches (bijvoorbeeld de melk-industrie).³⁰

Dit (overigens niet volledige) overzicht van de getroffen maatregelen geeft aan dat er wel iets aan de hand is rondom het thema inkoopmacht.³¹ De leveranciers van Albert Heijn, waar in de zomer van 2012 publieke commotie over ontstond, staan niet alleen in hun strijd tegen de machtige retailers, zoveel is duidelijk. Maar wat zeggen de feiten? Bestaat inkoopmacht eigenlijk wel? De eerste presumptie heeft hier betrekking op.

26 *European Parliament resolution of 5 July 2011 on a more efficient and fairer retail market* (2010/2109(INI)). Het Europese Parlement juicht de ontwikkeling van de gedragscode door het *High Level Platform* toe, maar benadrukt wel dat het Europese Parlement snel deel uit zou moeten maken van het ontwikkelingsproces.

27 Zie voor een indruk van wat er speelt in de diverse landen ECN Nieuwsbrief 2011, alsmede Baarsma & Rosenboom 2013.

28 Zie OFT 2009. De aanpassingen zijn verricht naar aanleiding van een in 2008 gepubliceerd rapport over het functioneren van de eerdere code, zie OFT 2008.

29 Zie ECN nieuwsbrief 2011.

30 Mededingingsrechtelijk zijn er beperkingen aan het gebruik van contracten, met name als het gaat om prijsbepalingen. In beide landen gaat het initiatief uit van de mededingingsautoriteiten; zij geven informatie over wat precies wel en niet kan ten aanzien van de ontwikkeling van standaardcontracten en de rol die brancheorganisaties (kunnen) spelen om inkoopmacht tegen te gaan. Bijzonder is verder dat het Duitse *Bundeskartellamt* een proces kan starten om een vermeende inbreuk op basis van een individuele, anonieme klager. De boetes die uitgedeeld kunnen worden zijn fors, niet alleen voor bedrijven, maar ook voor individuele werknemers. Voor een formele beslissing is wel nodig dat de klager bekend wordt.

31 Zie Baarsma & Rosenboom 2013 voor een meer uitvoerige bespreking.

5 DE PRESUMPTIES

5.1 *Presumptie 1: supermarkten en/of inkopers maken misbruik van inkoopmacht*

Er zijn een paar empirische (onafhankelijke) onderzoeken naar de vraag of inkoopmacht wel bestaat. Van Nederlandse bodem is het EIM-rapport (2009) het belangrijkste onderzoek.³² Uit dit rapport blijkt dat leveranciers in stevige mate inkoopmacht ervaren.

Zo ervaart 48% van de leveranciers in de voedingsmiddelen- en drankenindustrie dat er onredelijke voorwaarden worden gesteld door de grootste afnemers.³³ Leveranciers van A-merken blijken minder last te hebben van onredelijke voorwaarden dan de leveranciers van B-merken.³⁴ Verder ervaren leveranciers waarvan de afnemers ook concurrent zijn doordat zij zelf vergelijkbare producten (laten) produceren, meer onredelijke voorwaarden.³⁵ Ook blijken niet alle afnemers met schriftelijke contracten te werken. Van de leveranciers die wel een schriftelijk contract hebben, zegt 42% het afgelopen jaar te zijn geconfronteerd met het eenzijdig wijzigen van contractvoorwaarden.³⁶

Het EIM-rapport gaat over percepties; inkoopmacht zoals de leveranciers dat ervaren. Staat daarmee vast dat inkoopmacht ook daadwerkelijk bestaat? Of, scherper nog: of er *misbruik* van wordt gemaakt? Volgens de supermarkten niet.³⁷ Een CPB-rapport lijkt dat te ondersteunen, in ieder geval voor de periode van 1993-2005. De onderzoekers van het Centraal Planbureau vonden geen overtuigend bewijs dat de winsten van de supermarkten toenamen ten koste van de fabrikanten. Het zijn de consumenten die volgens het rapport profiteerden van de prijzen. Wel dient opgemerkt te worden dat primaire voedingsproducten, zoals boeren en tuinders, buiten het onderzoek zijn gelaten. Een niet onbelangrijke nuancering, nu het juist deze leveranciers zijn die aangeven last te hebben van inkoopmacht.

Het LEI-rapport (dat zag op de ontwikkeling in de prijsvorming van Nederlandse glasgroente in de periode 1990-2008) wijst iets meer – zij het niet erg overtuigend – in de

32 Zie Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009.

33 26% vindt dat het gebruik van onredelijke voorwaarden de laatste vijf jaren sterk is toegenomen, Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009, p. 51.

34 Soms liggen de krachtsverhoudingen zelfs zo dat eerder sprake is van verkoopmacht dan van inkoopmacht. Neem bijvoorbeeld Campina, die de prijzen verhoogde en bereid was de tijdelijke boycots van supermarkten te accepteren, zie het FD van 3 februari 2007, 'Campina eist hogere prijs van supermarkten'. Een soortgelijk conflict deed zich voor tussen Coca-Cola en Albert Heijn, FD 6 juli 2007, 'AH zet druk op Coca Cola'.

35 Zie hiervoor ook het CBP-rapport uit 2008 (Creusen, Meyer, Zwart & Van der Wiel 2008, p. 29). In dit rapport worden de bedrijfseconomische gegevens van het CBS toegepast op theoretische, economische modellen.

36 31% vindt dat het eenzijdig wijzigen de afgelopen vijf jaar sterk is toegenomen, Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009, p. 52.

37 Zie Barendrecht, Van Doorn, De Hoon & Van Zeeland 2012, p. 51.

richting van misbruik van inkoopmacht.³⁸ De onderzoekers concluderen dat er enige imperfecties in de prijsvorming zijn die in het nadeel van de teler uit *kunnen* werken. Schaalvergroting aan de kant van de inkopers heeft volgens de onderzoekers grote invloed op de inkooprijzen die de supermarkten kunnen bedingen.³⁹ De onderzoekers constateren een opmerkelijke toename van de nettowinst in de groothandel. Maar ze laten in het midden of de lagere inkooprijzen een gevolg zijn van (misbruik van) marktmacht of eenvoudigweg van de schaalvoordelen die gepaard gaan met een grotere inkoop.⁴⁰

In het Verenigd Koninkrijk is meer bewijs gevonden van praktijken die op misbruik wijzen.⁴¹ Het eerste onderzoek stamt uit 2000 en is verricht door de *Competition Commission* (hierna: CC).⁴² Het onderzoek is deels empirisch (percepties van leveranciers en supermarkten) en deels financieel-economisch (de winstmarges in de bedrijfskolom en kenmerken van de supermarktbranche). De CC vindt voldoende aanwijzingen dat er sprake is van misbruik. In 2008 herhaalde de CC het onderzoek, ditmaal nog diepgaander dan het eerdere onderzoek uit 2000.⁴³ De uitkomst was dat er nog steeds sprake was van inkoopmacht en dat dit onder meer leidde tot het doorschuiven van financiële risico's en onverwachte kosten naar leveranciers. Dit 'doorschuiven van de rekening' gebeurde zowel door eenzijdige wijzigingen (met terugwerkende kracht) in de contractvoorwaarden, als door excessieve contractvoorwaarden die van meet af aan onderdeel uitmaken van het contract.⁴⁴ De onderzoekers concluderen dan ook:

38 Het LEI-rapport is een literatuur- en gegevensonderzoek (Bunte 2009).

39 Dit wordt ondersteund door het onderzoek van de Britse Competition Commission (OFT 2000). De gemiddelde inkoopprijs ligt bij Tesco 3,8% onder het gemiddelde op de Britse markt.

40 Uit de Geschilbeslechtsingsdelta (zie Croes & Maas 2009, p. 27) blijkt, ten slotte, dat het MKB serieuze problemen heeft rond de betaling van geleverde goederen en diensten (42,5%). Het is het meest voorkomende probleem.

41 Het is onzeker of de gegevens uit Engeland wel probleemloos getransponeerd kunnen worden naar de Nederlandse situatie. Daarvoor zou onderzocht moeten worden of de markten in grote lijnen vergelijkbaar zijn. Een helder (maar vermoedelijk niet meer geheel actueel) overzicht van de verschillen en overeenkomsten tussen de lidstaten van de EU geven Van der Zeijden, Pleijster, Hessels & Kemp 2005.

42 Zie OFT 2000. In 2004 publiceerde de *Office of Fair Trading* een evaluatierapport, zie OFT 2004.

43 Zie OFT 2008. Dit onderzoek bracht de percepties van de leveranciers en inkooporganisaties in kaart met behulp van vragenlijsten en focusgroepen. Alle tussenconclusies werden gepubliceerd in zogenoemde *working papers*, waar steeds een grote respons op kwam, van leveranciers, inkopers en andere belangenorganisaties. Ook maakte de onderzoekers gebruik van (bestaande) databanken met macro-economische en bedrijfsgegevens.

44 Voorbeelden van onevenwichtige contractvoorwaarden zijn volgens de *Competition Commission* vergaande eenzijdige wijzigingsbepalingen, *slotting allowances* die de leverancier onevenredig benadelen, bepalingen op grond waarvan supermarkten niet verkochte producten (onbetaald) terug mogen geven, onevenredig nadelige boeteclausules, onevenredig lange betalingstermijnen en excessieve extra betalingen aan bijvoorbeeld promotionele activiteiten.

'(o)n balance, we concluded that supply chain practices that transfer excessive risks and unexpected costs to suppliers (...) are sufficiently prevalent to cause concern',^{45,46}

5.2 *Presumptie 2: leveranciers zijn onvoldoende in staat tegenwicht te bieden aan deze gang van zaken*

De tweede presumptie is dat leveranciers onvoldoende in staat zijn tegenwicht te bieden aan (vermeend) misbruik van marktmacht. Uit het EIM-rapport blijkt dat de onderhandelingspositie van de leveranciers in de supermarktbranche vooral afhangt van het type product en de mate waarin de leverancier de mogelijkheid heeft om over te stappen naar een andere afnemer. De cijfers over de ervaren onderhandelingspositie zijn ambigu. Hoewel er een grote groep leveranciers is die naar eigen zeggen voldoende in staat zijn om tegenwicht te bieden aan inkoopmacht, is er ook een noemenswaardig deel dat aangeeft daar onvoldoende toe in staat te zijn. Een (kleine) meerderheid benoemt de eigen onderhandelingspositie sterk of zelfs zeer sterk.⁴⁷ Een derde benoemt de eigen onderhandelingspositie zwak. Meer dan de helft van de leveranciers geeft aan dat overstappen naar een andere afnemer beperkt of in het geheel niet mogelijk is.⁴⁸

Opmerkelijk is verder dat slechts 4% van de leveranciers aangeeft de onredelijke voorstellen zonder meer te accepteren.⁴⁹ Dat is relatief weinig.⁵⁰ De meeste leveranciers van voedingsmiddelen geven aan te onderhandelen over onredelijke voorstellen van de afnemers. Ze hebben kennelijk het idee dat er door te onderhandelen wel iets te bereiken valt,⁵¹ al geven veel leveranciers wel aan dat het onderhandelingsklimaat naar hun beleving de laatste jaren verhard is. Opvallend is bovendien dat 0% van de leveranciers aangaf met het geschil naar de rechter te stappen. Het lijkt erop dat de meest voorkomende reactie is

45 Zie OFT 2008, p. 169.

46 Zie voor een bespreking van inkoopmacht in de Duitse levensmiddelenindustrie Stollowsky, 2009. In 2011 is, blijkens haar website, het Bundeskartellamt gestart met een grondig empirisch onderzoek naar inkoopmacht en de levensmiddelenindustrie (zie www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/presse/2012_06_12.php). Eerder onderzoek naar de mogelijke schadelijke effecten van een omvangrijke fusie in de supermarktbranche bracht o.m. aan het licht dat leveranciers geconfronteerd worden met eenzijdige kortingen en lang uitgestelde betalingen, zie het Rapport van het Bundeskartellamt Edeka-Plus 2008.

47 50% van de ondervraagde leveranciers van voedingsmiddelen benoemt de onderhandelingspositie sterk; 7% zeer sterk, zie Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009, p. 47.

48 Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009, p. 50.

49 Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009, p. 54-55.

50 In de kledingindustrie bijvoorbeeld is dat 18%.

51 Cijfers uit de geschilbeslechtingsdelta ondersteunen dit (zie Croes & Maas 2009, p. 90). Bij de categorie 'niets doen' werd slechts door 9,6% als reden aangevoerd dat er naar hun beleving niets aan het probleem te doen was. Voorzichtigheid is hier wel op zijn plaats, omdat de geschilbeslechtingsdelta niet specifiek gericht was op de voedingsmiddelenbranche (en ook niet op het mogelijk bestaan van inkoopmacht).

in onderhandeling te treden, om daarna, schoorvoetend, alsnog akkoord te gaan met een iets mildere vorm van aanpassing van de voorwaarden.

In de Britse empirische onderzoeken komt vooral de angst om te klagen (*fear of complaining*) ter sprake. Het gaat dan om de angst van de leverancier om te klagen bij (en over) de afnemer, omdat dat de beëindiging van het contract tot gevolg zou hebben (*de-listing*). De angst om te klagen is ook in andere landen, zoals in Frankrijk, België en Duitsland een veelgehoord geluid.⁵² Het verweer van de supermarkten is dat *de-listing* niet of nauwelijks voorkomt. De voorbeelden van *de-listing* zijn inderdaad meer anekdotisch, dan dat vastgesteld is dat *de-listing* structureel voorkomt.⁵³ Uitzondering hierop is het Amerikaanse onderzoek naar de positie van leveranciers van groente en fruit. Een behoorlijk aantal leveranciers geeft aan een account te hebben verloren als gevolg van het niet akkoord gaan met eenzijdig opgelegde wijzigingen, zoals kortingen.⁵⁴ Het Britse onderzoek uit 2000 en ook het evaluatierapport uit 2004 tonen een *fear of complaining* aan, maar geen structurele *de-listings*praktijken. Het rapport uit 2004 zegt hierover:

*‘We have no doubt that the fear suppliers have of complaining about the super-markets is genuine given the strong level of concern that has been expressed to us in the course of our review, and to the CC in the course of the preparation of their 2000 monopoly and 2003 merger reports. However, it is hard to see any reason for this beyond a fear of what might happen to suppliers that complain rather than what actually has happened.’*⁵⁵

Om de drempel om te klagen te verlagen, is de code concreter gemaakt, zijn de voorwaarden voor *de-listing* bindend vastgesteld, is er een laagdrempelige interne geschiloplossingsmethode toegevoegd en een ombudsman aangesteld.⁵⁶

In Duitsland deed het *Bundeskartellamt* onderzoek naar mogelijke onwenselijke effecten van een fusie tussen Edeka en de Tengelmann-groep. Dit onderzoek bestond onder meer uit het ondervragen van een groot aantal leveranciers.⁵⁷ Gevraagd naar het risico van

52 In Duitsland, bijvoorbeeld, kwam dit aan het licht toen het *Bundeskartellamt* onderzoek deed naar de mogelijke effecten van een fusie tussen Edeka en de Tengelmann groep (*Bundeskartellamt Edeka Plus 2008*). Het *Bundeskartellamt* ondervroeg een groot aantal leveranciers. Het grootste gedeelte wilde alleen meewerken als hun anonimiteit gewaarborgd kon worden.

53 Voorbeelden staan genoemd in Vander Stichele & Young, 2009, p. 6 e.v.

54 Het ging hier om 33%. Zie Calvin & Cook 2001, p. 26.

55 OFT 2004, p. 25-26.

56 In Duitsland mag men anoniem klagen bij de Duitse mededingingsautoriteit. Die probeert vervolgens in het informele circuit tot een oplossing te komen. Pas bij een formele beslissing van de mededingingsautoriteit moeten de gegevens van de klager openbaar worden.

57 104 in totaal.

de-listing, gaf een meerderheid van de leveranciers aan dat dat risico (flink) vergroot was.⁵⁸ Ook hier geen concrete bewijzen voor *de-listing* praktijken, maar wel voor het bestaan van een angstcultuur.

Ook deze feiten onderbouwen de presumptie dat leveranciers onvoldoende in staat zijn tegenwicht te bieden niet zonder meer. De feiten wijzen op het bestaan van een angstcultuur, maar echte *de-listing* praktijken zijn alleen in het Amerikaanse onderzoek aangetoond. Het is opmerkelijk dat de Nederlandse, Duitse en Britse onderzoeken geen vergelijkbare cijfers hebben gevonden. Mogelijk kan dit verschil verklaard worden door het gebruik van andere onderzoeksmethoden en type vragen, maar het zou ook kunnen dat *de-listing* in Europa echt minder voorkomt.⁵⁹

5.3 *Presumptie 3: inkoopmacht leidt tot a) uitval van leveranciers en b) minder innovatie en een afname van de kwaliteit en variatie van producten*

De derde presumptie ziet op de gevolgen van (misbruik van) inkoopmacht. Grofweg kunnen de gevolgen ingedeeld worden in kortetermijn- en langetermijngevolgen. Een veelgenoemd gevolg op korte termijn is druk op de winstmarges van leveranciers. Bij aanhoudende druk zal dat mogelijk leiden tot uitval van leveranciers. Op lange(re) termijn spelen gevolgen die meer actoren raken dan alleen de leveranciers, bijvoorbeeld consumenten. Veelgehoorde mogelijke langetermijngevolgen zijn een vermindering van innovatie in de ontwikkeling van producten (of breder: in de bedrijfskolom) en een afname van de diversiteit in het aanbod van producten.⁶⁰

a. Inkoopmacht leidt tot uitval van leveranciers

Bij de door de EIM-onderzoekers ondervraagde leveranciers gaven de leveranciers met een, naar eigen zeggen, zwakke onderhandelingspositie aan, het afgelopen jaar te maken te hebben gehad met een daling in de omzet. Leveranciers die zichzelf een sterke onderhandelingspositie toebedeelden, maakten melding van een omzetsijging.⁶¹ Er is dus een verband

⁵⁸ Zie *Bundeskartellamt Edeka-Plus* 2008, p. 125.

⁵⁹ Niettemin is voor Europa de angst voor *de-listing* voldoende, zo blijkt uit de resolutie van het Europese Parlement (2010/2109(INI): 'Notes with concern that existing legal instruments are not being fully used, especially by SMEs, to uphold their rights, due to economic dependency and concern about losing business; asks the Commission, Member States and business federations to identify ways to restore confidence and facilitate access to judicial systems.'

⁶⁰ Daarnaast zijn er nog andere gevolgen die in verband worden gebracht met inkoopmacht. Zie bijvoorbeeld Vander Stichele & Young 2009, waar onder meer ook uitbuiting van het personeel bij de leveranciers wordt genoemd. Uitbuiting van personeel is ook de grootste zorg van Amerikaanse bestrijders (lees: lobbyisten) van het zogenoemde Wall-Mart-effect, zie hiervoor Quinn 2005.

⁶¹ Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009, p. 57.

tussen de ervaren onderhandelingspositie en de ontwikkeling van de omzet, maar of er sprake is van een causale relatie, is op basis van deze gegevens niet te zeggen.⁶² Wel gaven leveranciers in de toelichtende gesprekken aan dat de sterke onderhandelingspositie van afnemers een grote druk legt op de marges van de leveranciers met een zwakke onderhandelingspositie.⁶³ Er zijn geen andere onderzoeken waaruit het tegendeel zou blijken.⁶⁴ Zelfs de afnemers ontkennen niet dat hun sterke onderhandelingspositie leidt tot druk op de winstmarges van (een aantal) leveranciers. De vraag is wel hoe verwerpelijk de vaststelling is dat de winstmarges van de leveranciers onder druk staan. De Autoriteit Consument & Markt heeft in ieder geval een zonneklaar antwoord: zolang de voordelen doorgegeven worden aan de consumenten, is dat niet verwerpelijk.⁶⁵

Trekken we de gevolgen verder door, dan zou het voortdurend en op grote schaal onder druk staan van de winstmarges moeten leiden tot een sector 'in de knel'. Iets wat zich onder andere zou moeten manifesteren in een toename van het aantal faillissementen van de leveranciers. De cijfers van het CBS ondersteunen dit deels. Als we bijvoorbeeld kijken naar het aantal faillissementen in de landbouw, dan zien we dat het aantal in de jaren 2009, 2010 en 2011 inderdaad fors is toegenomen ten opzichte van de jaren 2008 en 2007.⁶⁶ Maar pakken we de jaren voor 2007 erbij, dan zien we nauwelijks verschil in het totale aantal faillissementen. Het lijkt er eerder op dat de jaren 2007 en 2008 uitzonderlijk goede jaren waren. Ook in de voedingsmiddelenindustrie is het aantal faillissementen van producenten, over een periode van zeven jaar, niet noemenswaardig gestegen. Wel blijkt uit cijfers van het CBS dat het aantal kleine en middelgrote land- en tuinbouwbedrijven de afgelopen jaren flink is afgenomen (40%). Het aantal grote bedrijven daarentegen steeg met 13%. De cijfers wijzen onmiskenbaar op schaalvergroting binnen de sector.⁶⁷

Deze cijfers tonen aan dat er de afgelopen jaren flinke veranderingen zijn geweest in de markt en dat met name de kleine en middelgrote leveranciers (die niet kunnen profiteren van de voordelen van schaalvergroting) het moeilijk hebben.⁶⁸ Maar de sector *als geheel*

62 Ook betekent een omzetsdaling niet automatisch dat de winstmarges onder druk staan. Evenmin valt hieruit niet af te leiden of het gevolgen heeft op de uitval van leveranciers.

63 Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009, p. 58.

64 Het LEI heeft onderzoek gedaan naar prijsvorming in de glastuinbouw (Bunte 2009). Het gaat hier om de periode van 2000-2008. De onderzoekers concluderen dat een afname van de nettowinsten in de glastuinbouw samengaan met een toename van de nettowinsten van de groothandel, maar op basis van deze gegevens kan geen causale relatie aangetoond worden.

65 Zie hierover o.m. Visiedocument Inkoopmacht 2004.

66 In de jaren 2007 en 2008 waren er resp. 65 en 66 faillissementen, terwijl het er in 2009 110 waren. In 2010 en 2011 waren het er nog meer. De cijfers zijn beschikbaar via www.cbs.nl.

67 Illustratief is de sector van fruitbedrijven. In totaal zijn er, gemeten over de periode van 2000-2011, 28% minder fruitbedrijven. De bedrijven die overbleven, zijn groter geworden; hun opbrengst is aanzienlijk (met maar liefst 82% over dezelfde periode) toegenomen. De cijfers hierover zijn beschikbaar via www.cbs.nl.

68 Een mooie beschrijving van die verandering in de glastuinbouw geeft het LEI-rapport (Bunte 2009).

genomen lijkt financieel gezond.⁶⁹ Zo concludeerden ook de Engelsen in hun rapport over inkoopmacht in 2008:

*'We did not find that the financial viability of food and drink manufacturers was under threat as a result of the exercise of buyer power by grocery retailers. However, the transfer of excessive risks or unexpected costs by grocery retailers to their suppliers is likely to lessen suppliers' incentives to invest in new capacity, products and production processes. We concluded that, if unchecked, these practices would ultimately have a detrimental effect on consumers.'*⁷⁰

Dit brengt ons bij de presumptie over de gevolgen van inkoopmacht op langere termijn.

b. Inkoopmacht leidt tot minder innovatie en tot een afname van de kwaliteit en variatie van producten

Nu de gevolgen op langere termijn. Het Centraal Planbureau vond, als gezegd, in de bedrijfsgegevens uit 1993-2005 geen overtuigend bewijs dat door meer inkoopmacht van supermarkten hun winsten na 1993 toenamen ten koste van fabrikanten.⁷¹ De consumenten profiteerden van de lagere prijzen in de supermarkten. In het onderzoek is echter geen rekening gehouden met aspecten van *consumer well-fare*, waar onder meer de kwaliteit en de variatie van producten onder valt. En dit *consumer well-fare* is nu precies de drijvende kracht achter de (stevige) maatregelen die in het Verenigd Koninkrijk zijn genomen om inkoopmacht te beteugelen.

Enigszins opmerkelijk is de voortvarende aanpak van het Verenigd Koninkrijk wel, want ook in het Verenigd Koninkrijk ontbreekt het aan feiten over de gevolgen van inkoopmacht op lange termijn. Het rapport concludeert dat het in extreme mate verschuiven van risico's naar de leveranciers *waarschijnlijk* ten koste gaat van de innovatie (zie het hiervoor genoemde citaat). Voor het Verenigd Koninkrijk is dit voldoende om de vergaande maatregelen te treffen zoals ze nu getroffen zijn. In Frankrijk en Duitsland ontbreekt het aan cijfers over het effect van inkoopmacht op innovatie en de kwaliteit van producten; het heeft ook deze landen niet ervan weerhouden maatregelen te treffen.

69 Hier zijn twee nuancerings op zijn plaats. In de eerste plaats blijkt uit de cijfers alleen wat de opbrengst is, niet wat de winst is. Zo blijkt uit het LEI-rapport bijvoorbeeld dat de nettowinst in de glastuinbouw al jaren afneemt (Bunte 2009). In de tweede plaats is, ongeacht de opbrengst van de sector, een duidelijk knelpunt dat de kleine en middelgrote bedrijven verdwijnen. Zie hiervoor de *Commission Communication* (2008) getiteld *'Think Small First – A Small Business Act for Europe'*, COM(2008)0394.

70 OFT 2008, p. 12.

71 Creusen, Meyer, Zwart & Van der Wiel 2008. Een nuancering is op zijn plaats. Primaire voedingsproducenten (zoals boeren en tuinders) zijn niet in het onderzoek meegenomen, terwijl dit nu juist de groep is waar veel 'geklaagd' wordt over de negatieve gevolgen van inkoopmacht.

In economische literatuur wordt de invloed van inkoopmacht verschillend uitgelegd. Inderst en Mazzarotto wijzen erop dat het ontwikkelen van eigen merken van supermarkten een stimulans kan zijn voor de leveranciers om hun eigen producten te innoveren.⁷² Anderzijds wijzen Inderst en Mazzarotto erop dat leveranciers niet geprikkeld zullen zijn te investeren in innovatie en kwaliteit als de afnemer langdurig een te groot gedeelte van de winst naar zich toetrekt.⁷³ Daarnaast zijn er economen die waarschuwen voor een vermindering van de variatie in producten als ongewenst effect van inkoopmacht. Grote afnemers vragen om gestandaardiseerde producten die zij wereldwijd kunnen afzetten, met als gevolg dat productaanpassing aan lokale behoeften en smaak afneemt.⁷⁴

De Europese Commissie kondigde in november 2012 aan een onderzoek te starten naar de effecten van concentratie in de sector. In het bijzonder wil de commissie weten of de concentratie heeft geleid tot een kleinere keuze voor consumenten. Daarnaast wil de Commissie weten of huismerken van supermarktketens de innovatie in de Europese voedingsindustrie hebben geremd.

Samenvattend kunnen we concluderen dat de vooronderstelling dat inkoopmacht leidt tot minder innovatie en een afname van de kwaliteit en variatie in producten vooralsnog berust op een inschatting van waarschijnlijke gevolgen, niet op feitelijke gegevens.

5.4 *Presumptie 4: de problemen zijn te voorkomen (dan wel te verminderen) door een gedragscode*

De laatste vooronderstelling ziet op de oplossingsrichting van de vermeende problemen. De Nederlandse overheid zet in op zelfregulering. Onder meer België en het Verenigd Koninkrijk gingen Nederland hierin voor.⁷⁵ De eerste ervaringen met deze codes waren niet erg positief. In België is de code, bij gebrek aan een goed nalevingsmechanisme, niet effectief. De eerste versie van de Engelse code bleek ook niet erg effectief. De leveranciers maakten geen gebruik van de code om dezelfde reden als dat ze de gang naar de rechter achterwege lieten: ze wilden hun relatie met de afnemer niet op het spel zetten. Ook hadden de leveranciers weinig vertrouwen in de effectiviteit van de code door het gebruik van vage normen. De leveranciers hadden behoefte aan een duidelijk kader voor wat wel en niet toelaatbaar gedrag was; de code bood dat kader onvoldoende.

In de aangepaste code werd de code voorzien van een behoorlijk opgetuigd nalevingsmechanisme. Het voert te ver hier al te diep op in te gaan, maar in grote lijnen komt het erop neer dat de supermarkten verplicht zijn om een *inhouse compliance officer* aan te

72 Inderst & Mazzarotto 2008.

73 Zie ook Battigalli, Fumagalli & Polo 2006.

74 Inderst & Shaffer 2007; Chen 2007.

75 Belgische gedragscode 2010 en OFT 2009. Zie voor een bespreking van (de ervaringen met) beide gedragscodes Barendrecht, Van Doorn, De Hoon & Van Zeeland 2012, p. 26 e.v.

stellen, die jaarlijks verslag uitbrengt aan de *Office of Fair Trading* en de ombudsman. Deze ombudsman houdt toezicht en is tevens arbiter in geschillen.⁷⁶ De code voorziet ook in een laagdrempelig geschiloplossingssysteem, wat het voor leveranciers gemakkelijker zou moeten maken om problemen aan te kaarten. Daarnaast werd de code inhoudelijk stevig gewijzigd. Het gebruik van vage normen werd zo veel mogelijk vermeden. Ook kwamen er specifieke onderwerpen bij, zoals een regeling voor wanneer (en onder welke voorwaarden) *de-listing* is toegestaan. Over de effectiviteit van de nieuwe code zijn geen resultaten bekend. Hetzelfde geldt voor de Europese Code.

5.5 *Tussenconclusie*

In de inleiding wierp ik de vraag op welke feiten over inkoopmacht zijn vastgesteld in onafhankelijk onderzoek. Wat zijn de aannames? En in hoeverre worden ze onderbouwd door feiten? In deze paragraaf maak ik de balans op.

Een eerste aanname is dat er inkopers dan wel supermarkten zijn die misbruik maken van inkoopmacht. In Nederland is vastgesteld dat een behoorlijk deel van de leveranciers inkoopmacht *ervaren*. In Nederland zijn er, anders dan in het Verenigd Koninkrijk geen economische onderzoeken naar prijsstellingen die bevestigen dat er ook daadwerkelijk sprake is van inkoopmacht. Die paar onderzoeken die er zijn, zijn niet eenduidig, niet recent en bovendien niet altijd gericht op de belangrijkste groep 'klagers': de primaire voedingsproducenten. De tweede aanname is dat leveranciers onvoldoende in staat zijn om tegenwicht te bieden aan inkoopmacht. Er zijn aanwijzingen dat deze aanname deels klopt, maar harde bewijzen ontbreken. Zo zijn er in diverse empirische studies (van Europese bodem) geen cijfers bekend over *de-listing* als gevolg van, bijvoorbeeld, het niet akkoord gaan met onredelijke voorwaarden. Wel komt in alle lidstaten prominent het beeld naar voren dat een noemenswaardige groep leveranciers angst heeft om te klagen. Met name het empirische onderzoek in het Verenigd Koninkrijk wijst onmiskenbaar op een *fear of complaining* bij een deel van de leveranciers.

Dan de gevolgen van inkoopmacht. De derde aanname had zowel betrekking op de kortetermijneffecten (uitval van leveranciers) als op de langetermijneffecten (minder innovatie en een afname van de kwaliteit en variatie van producten). De veronderstelde langetermijneffecten berusten op een inschatting van waarschijnlijke gevolgen, niet op feitelijke gegevens. De kortetermijneffecten lijken wel een feitelijke basis te hebben. De winstmarges van sommige leveranciers staan onder druk, vermoedelijk mede als gevolg van inkoopmacht. Daarnaast is het aantal kleine ondernemingen gedaald, terwijl de totale

⁷⁶ Voorheen moesten klachten ingediend worden bij de *Office of Fair Trading*. De nieuw aangestelde ombudsman is een bestuursrechtelijke vorm van handhaving. Voor schadevergoeding moet alsnog de civiele rechter aangezocht worden.

omzet in de branche niet veranderd is. Ten slotte de keuze voor een gedragscode als instrument om de problemen op te lossen dan wel te verminderen. De veronderstelling dat een gedragscode het juiste instrument is om de problemen aan te pakken, berust niet op feiten. Het is, als gezegd, maar de vraag of een gedragscode wel het juiste middel is om de problemen rondom inkoopmacht te bestrijden. In de volgende paragraaf ga ik hier dieper op in. Eerst nog een nadere reflectie.

Geconcludeerd kan worden dat de belangrijkste veronderstellingen rondom inkoopmacht slechts in geringe mate onderbouwd kunnen worden door empirisch onderzoek. Het merendeel van wat gezegd en geschreven wordt over inkoopmacht berust op (gemeten maar naar hun aard subjectieve) ervaringen, vermoedens en inschattingen van waarschijnlijke gevolgen. Niet alleen maakt dit de zoektocht naar de juiste aanpak aanzienlijk moeilijker, het roept ook een voorvraag op: Moet er überhaupt wel iets aangepakt worden? Met andere woorden: Is het wel verstandig te zoeken naar oplossingen als de problemen kennelijk nog onvoldoende doorgrond zijn?

De vraag stellen is haar beantwoorden, zo lijkt het. En toch zijn er argumenten te noemen die een meer proactieve houding van de overheid rechtvaardigen. In de eerste plaats zijn daar de gemeten ervaringen van de leveranciers. Deze ervaringen zijn naar hun aard subjectief, maar de onderzoeken die de ervaringen aan het licht brachten, zijn grootschalig, representatief en (voor wat betreft de Engelse onderzoeken) meerdere keren herhaald. Dat moet toch enige relevantie hebben.⁷⁷ Daarnaast geven ze zicht op feitelijk voorkomende gedragingen. Neem bijvoorbeeld het eenzijdig wijzigen van overeenkomsten: los van de normatieve vraag of dit gedrag wel of niet door de beugel kan, blijkt het op tamelijk grote schaal voor te komen. Nog eens nader onderzoek doen naar de precieze aard en omvang van de problemen vergt bovendien tijd. Een al te afwachtende houding op de uitkomsten daarvan is, met het oog op de uitkomsten van de systematische *reviews*, niet goed uit te leggen. Tegelijkertijd is een aanpak waarbij gemakkelijk over het ontbreken van *evidence* heen gestapt wordt ook niet wenselijk. Dit roept de vraag op hoe verder. In het hiernavolgende ga ik er dieper op in, te beginnen bij een kritische analyse van de huidige ingezette koers.

6 DE KEUZE VOOR EEN GEDRAGSCODE

Veel gehoorde argumenten waarom zelfregulering te verkiezen is boven wetgeving, zijn dat zelfregulering sneller en flexibeler tot stand kan komen, dat de betrokkenen meer

⁷⁷ Zie over de waarde van systematische *reviews* voor overheidsbeleid ook de bijdrage van Antokolskaia aan deze bundel (Antokolskaia 2013).

kennis van zaken hebben en dat het draagvlak groter is (en daarmee de kans op naleving), omdat de betrokkenen de regels zelf ontwerpen, uitvoeren en handhaven.⁷⁸

Welke argumenten liggen ten grondslag aan de keuze voor, in dit geval, een gedragscode? In een brief van 17 december 2009 motiveert de Minister de keuze voor een gedragscode. Het belangrijkste probleem is volgens de Minister dat leveranciers geen beroep doen op de rechter, uit angst de relatie met de afnemer op het spel te zetten. De Minister analyseert de aanpak van drie landen (Engeland, Frankrijk en Duitsland) en concludeert dat van deze drie landen, Engeland als enige een oplossing heeft voor het probleem dat leveranciers niet durven te klagen. De oplossing is het laagdrempelige geschiloplossingssysteem.⁷⁹ Dat lijkt de belangrijkste drijfveer voor het nastreven van een gedragscode.⁸⁰ In zijn brief van 23 november 2012 herhaalt de Minister deze redenering en voegt daaraan toe dat zelfregulering de meest aangewezen route is voor een probleem dat zich voordoet in de bilaterale relatie tussen een individuele leverancier en een individuele afnemer. De overheid hoort zich daarmee in beginsel zo min mogelijk te bemoeien, aldus de Minister.

Vanuit een *evidence-based* oogpunt valt er een hoop af te dingen op de afweging van de Minister. Zo zijn er eenvoudigweg nog geen resultaten bekend van de nieuwe Engelse aanpak. Het is onduidelijk of het Engelse systeem werkt. Het argument dat een gedragscode sneller tot stand komt dan overheidswetgeving is inmiddels door de feiten achterhaald. Bovendien lijkt het argument dat de overheid zich in beginsel zo min mogelijk behoort te bemoeien met bilaterale relaties tussen ondernemers meer te berusten op sentiment dan op ratio. De feiten zijn dat er een noemenswaardige groep is die problemen ervaart met inkoopmacht, dat de drempel om misstanden aan te kaarten hoog is, dat het MKB langzaam aan het verdwijnen is en dat het draagvlak voor zelfregulering vooralsnog niet groot is. Is het, gegeven deze feiten, verstandig de pijlen op zelfregulering te richten?

In de literatuur zijn factoren geformuleerd aan de hand waarvan een eerste inschatting gemaakt kan worden of zelfregulering succesvol zal zijn.⁸¹ Factoren die de kans op succesvolle zelfregulering kunnen vergroten zijn: grote maatschappelijke druk, een goed georganiseerde branche, een groot draagvlak voor de inhoud en de vorm van de normering, een goede inpasbaarheid in de bedrijfsvoering, een traditie van zelfregulering in de branche en de mate van stimulering van de overheid. Contra-indicaties zijn: te grote maatschappelijke druk (want dan grijpt de overheid in), de mogelijkheid van *free riders*, het ontbreken van een 'eigen' belang (bijvoorbeeld uitstraling kwaliteit) en te zeer uiteenlopende belangen.

78 Zie voor de voor- en nadelen van alternatieve regelgeving onder meer Giesen 2007, p. 86. Zie ook Van Boom, Faure, Huls & Philipsen 2009, p. 35, en Baarsma 2003, p. 17-22.

79 Zie voor de beschrijving van dit systeem Barendrecht, Van Doorn, De Hoon & Van Zeeland 2012, p. 78-81.

80 In een latere brief (d.d. 7 oktober 2010) benoemt de Minister de verschillen tussen de Engelse en de (toekomstige) Nederlandse code. De minister geeft onder meer aan dat de Nederlandse code een breder bereik zou moeten hebben dan alleen de supermarktbranche. Ook geldt de Engelse code alleen voor de grote afnemers; de Nederlandse code zou ook bepalingen voor de leverancier moeten bevatten, aldus de Minister.

81 Van Boom, Faure, Huls & Philipsen 2009, p. 13. Zie ook Baarsma 2003.

Voorspellingen voor de toekomst zijn per definitie met onzekerheid omgeven, maar de balans opmakend lijkt het niet erg zinvol de pijlen al te zeer op zelfregulering te blijven richten. Het draagvlak is daarvoor vooralsnog onvoldoende, de inpasbaarheid in de bedrijfsvoering is niet erg groot en de belangen zijn vooralsnog erg tegengesteld.

De Nederlandse overheid heeft aangegeven voorlopig af te wachten met het oog op eventuele Europese ontwikkelingen en het alsnog tot stand komen van zelfregulering. Deze afwachtende houding is begrijpelijk, omdat een dreiging met regelgeving van bovenaf inderdaad een effectief middel kan zijn om zelfregulering van de grond te krijgen.⁸² Daarbij komt dat het niet erg handig zou zijn nu maatregelen te treffen voor Nederland, als die binnen afzienbare tijd weer moeten worden aangepast met het oog op de ontwikkelingen op Europees niveau. Anderzijds is er een sterk argument dat voor een meer proactieve houding van de overheid pleit.

Uit literatuur over zelfregulering blijkt dat het niet zozeer aankomt op de vraag *of* de overheid een rol heeft bij de oplossing van problemen, maar meer *welk aandeel* hij daarin heeft.⁸³ De tweespalk die nu is ontstaan tussen *ofwel* zelfregulering, *ofwel* overheidswetgeving, is met het oog hierop niet terecht. Ook de maatregelen die elders getroffen zijn, zijn wat betreft verschijningsvorm en overheidsbetrokkenheid divers. Soms is sprake van een uiterste vorm (neem bijvoorbeeld België, waar zelfregulering plaatsvond zonder een noemenswaardige bemoeienis van de overheid), maar soms ook van een tussenvorm. Een voorbeeld van dit laatste is het onderzoek van de Franse en Duitse mededingingsautoriteiten naar de ontwikkeling van standaardcontracten door de branche, in nauwe samenwerking met de mededingingsautoriteiten. Volgen we de indeling van Baarsma, dan is dit een vorm van zelfregulering, meer in het bijzonder in de verschijningsvorm van een contractueel instrument.⁸⁴ Daarnaast zijn er andere verschijningsvormen: gedragsgerichte instrumenten (waaronder de gedragscode), informerende instrumenten (waaronder een keurmerk, certificering, geschilbeslechtende instrumenten (waaronder mediation en een ombudsman) en techniekgerichte instrumenten. Al deze verschijningsvormen kunnen een verschillende mate van overheidsbemoeienis hebben. Een mix van verschillende instrumenten komt veelvuldig voor, waarbij de mate van overheidsbemoeienis dan ook weer verschilt.

De aard van de problematiek rondom inkoopmacht is zodanig, dat een tussenvorm (een combinatie van overheidsbemoeienis en zelfregulering) de meest aangewezen route is. Voor zelfregulering zonder inmenging van de overheid lopen de belangen te zeer uiteen en is bovendien het draagvlak onvoldoende. Anderzijds zal overheidsregulering zonder

82 Zie hiervoor o.m. Giesen 2007.

83 Vranken 1995, p. 79 e.v. Zie hiervoor ook Van Boom, Faure, Huls & Philipsen 2009 (de genoemde auteurs spreken van 'een juiste mix aan beleidsinstrumenten'), Giesen 2007 en Baarsma 2003, p. 52. Baarsma e.a. benoemen verschillende verschijningsvormen van zelfregulering en bespreken de variatie in de wijze waarop de overheid betrokken is bij zelfregulering.

84 Baarsma 2003.

inmenging van de ondernemers in kwestie waarschijnlijk onvoldoende aansluiten op de daadwerkelijke problemen. En als de overheid dan toch een rol heeft, waarom dan niet een wat meer proactieve houding kiezen ten aanzien van de zoektocht naar een geschikte ‘mix van instrumenten’?

7 HOE VERDER?

Grofweg weten we nu dat de gewenste aanpak voldoet aan twee criteria:

1. Er is sprake van overheidsbemoeienis *en* bemoeienis vanuit de sector zelf.
2. De effectiviteit van de aanpak wordt ondersteund door *evidence*.

Wat dit laatste betreft: in veel lidstaten worden pogingen van verschillende aard ondernomen om inkoopmacht tegen te gaan. Aan de hand van de resultaten van deze verschillende maatregelen kan een voor Nederland passend pakket van maatregelen getroffen worden, buiten de maatregelen die nu al zijn getroffen.⁸⁵ Moeilijkheid is wel dat de elders gemeten resultaten slechts een versnipperd beeld geven van wel en niet werkt. Lastig is ook dat niet zeker is of maatregelen die elders lijken te werken, in Nederland ook goed zullen werken.⁸⁶

In deze bijdrage heb ik aan de hand van vier presumpties een overzicht gegeven van wat in onafhankelijk onderzoek is vastgesteld. Uit dit overzicht blijkt dat er al aardig wat onderzoeken zijn verricht die betrekking hebben op bepaalde deelaspecten van inkoopmacht. Desondanks weten we het merendeel nog niet. Het toont aan dat een echte *evidence-based* aanpak een kostbare en tijdrovende bezigheid is. En succes is niet gegarandeerd. Maar het is wel de beste optie voor daadwerkelijke verbeteringen.

Doorpakkend op de kern van de problematiek (*fear of complaining*) zou het denkbaar zijn dat er geëxperimenteerd wordt met verschillende oplossingen die voorzien in een laagdrempelig geschiloplossingssysteem. Een *pilot* waarbij wel annoniem geklaagd kan worden en een *pilot* waarbij dat niet kan (maar bijvoorbeeld in eerste instantie wel vertrouwelijk). Of een *pilot* naar de effecten van een goede informatievoorziening over welke gedragingen (vanuit een civielrechtelijk en een mededingingsrechtelijk perspectief) nu precies wel of juist niet toegestaan zijn.⁸⁷ In een andere *pilot* zou, sectorspecifiek, aan een standaardcontract gewerkt kunnen worden: omdat niet alle afspraken vanuit een mededin-

85 Zo is er, in verschillende landen, onderzoek gedaan naar de effecten van het verbod van *below cost selling*. Zie hiervoor P.Th. van der Zeijden, F. Pleijster, S.J.H. Hessels & R.G.M. Kemp, ‘Verbod op verkoop beneden de inkoopprijs, Een internationale vergelijking’, EIM 2005, beschikbaar via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29800-XIII-86-b2.pdf>. Een goede indruk van eerste ervaringen met andere getroffen maatregelen (zoals in Tsjechië) geeft de EU Nieuwsbrief van de Retail sector met een overzicht van eerste resultaten per lidstaat (noot 26). Zie eveneens Baarsma & Rosenboom 2013.

86 Zie voor deze, en andere, obstakels ook Antokolskaia 2013.

87 Zie De Hoon & Van Doorn 2013: in dit artikel worden open (civielrechtelijke) normen ingevuld en concreet gemaakt aan de hand van twee bestaande gedragscodes.

gingsrechtelijk oogpunt toegestaan zijn, ligt een nauwe samenwerking met de Autoriteit Consument & Markt hier voor de hand.⁸⁸

Ondertussen kan de overheid nog steeds dreigen dat, als er geen schot in komt, de klassieke weg van overheidswetgeving alsnog bewandeld zal worden. En wie weet biedt een dergelijke, meer proactieve rol van de overheid ook meer kansen om invloed uit te oefenen op wat er op Europees niveau gebeurt. In ieder geval heeft het Europees Parlement in een resolutie de lidstaten opgeroepen de onderzoeksresultaten naar de aard en omvang van inkoopmacht, alsmede naar de effecten van maatregelen, zo veel mogelijk openbaar en transparant te maken.⁸⁹

Het Europees Parlement spreekt in haar resolutie ook over een behoefte aan een verschuiving van confrontatie naar een dialoog gebaseerd op feiten. Deze dialoog zou ertoe moeten leiden dat het vertrouwen hersteld wordt, dat de onderhandelingen eerlijker zijn en dat er een *level playing field* ontstaat, op basis waarvan alle schakels in de bedrijfskolom de voordelen krijgen die hun toekomen. Of deze optimistische voorspellingen daadwerkelijk uit gaan komen, is afwachten. Het zal moeten blijken uit nader onderzoek.

LITERATUUR

Antokolskaia 2013

M.W. Antokolskaia, 'Van politiek gestuurde wetgeving naar *evidence-based* wetgeving: Perspectieven vanuit het familierecht', in deze uitgave.

Appeldoorn & Vedder 2010

J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht, Beginselen Van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2010.

Baarsma 2003

B. Baarsma, F. Felsö, S. van Geffen, J. Mulder & A. Oostdijk, *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, SEO-rapport nr. 664, Amsterdam: SEO 2003.

Baarsma & Rosenboom 2013

B. Baarsma & N. Rosenboom, *Oneerlijke handelspraktijken Voldoet bestaande (zelf)regulering?*, SEO-rapport nr. 2013-04, Amsterdam: SEO 2013.

⁸⁸ In die zin ook Baarsma 2003.

⁸⁹ European Parliament resolution of 5 July 2011 on a more efficient and fairer retail market (2010/2109 (INI)).

Barendrecht, Van Doorn, De Hoon & Van Zeeland 2012

J.M. Barendrecht, C.J.M. van Doorn, M.W. de Hoon & C.M.C. van Zeeland, m.m.v. J. Liauw Joe & M. Menting, *Eerlijk, scherp en betrouwbaar. Een interactieve verkenning naar ijkpunten voor eerlijk zaken doen en effectieve conflictoplossing*, Tisco 2012, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/02/14/rapport-eerlijk-scherp-en-betrouwbaar.html.

Battigalli, Fumagalli & Polo 2007

P. Battigalli, C. Fumagalli & M. Polo, 'Buyer power and quality improvement', *Research in Economics* 2007, p. 45-61.

Belgische Gedragscode 2010

Gedragscode voor faire relaties tussen aanbieders en kopers in de agro-voedingsketen, Brussel 2010, beschikbaar via www.comeos.be/files/docs/corporate/7707_2_nl.pdf.

Van Boom, Faure, Huls & Philipsen 2009

W.H. van Boom, M.G. Faure, N.J.H. Huls & N.J. Philipsen, *Handelspraktijken, reclame en zelfregulering – Pilotstudy Maatschappelijke Reguleringinstrumenten*, WODC Rapport 1535, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Bundeskartellamt Edeka-Plus 2008

Bundeskartellamt Edeka-Plus 2008, beschikbaar via www.oxfamfueralle.de/supermarktmacht.de/wp-content/uploads/20080606-Bundeskartellamt-Edeka-plus.pdf.

Bunte 2009

F. Bunte, *Prijzsvorming glastuinbouw*, Den Haag: LEI Wageningen UR 2009.

Calvin & Cook 2001

L. Calvin & R. Cook, 'U.S. Fresh Fruit and Vegetable Marketing: Emerging Trade Practices, Trends, and Issues', *Agricultural Economic Report*, 2001, beschikbaar via www.ageconsearch.umn.edu/bitstream/33915/1/ae010795.pdf.

Chen 2007

Z. Chen, 'Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy', *Research in Law and Economics*, 2007, p. 17-40.

Creusen, Meyer, Zwart & Van der Wiel 2008

H. Creusen, A. Meyer, G. Zwart & H. van der Wiel, *Static efficiency in Dutch supermarket chain*, CPB rapport 163, 2008, beschikbaar via www.cpb.nl.

Croes & Maas 2009

M.T. Croes & G.C. Maas, *Geschilbeslechtingdelta midden- en kleinbedrijf; Over het optreden en afhandelen van (potentieel) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*, WODC cahier 2009-13, Den Haag 2009.

ECN Nieuwsbrief 2011

European Competition Network, Special Edition, *Food & Retail*, 2011 beschikbaar via www.ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2011/brief_05_2011_short.pdf.

Giesen 2007

I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Monografieën Privaatrecht Deel 8, Deventer: Kluwer 2007.

De Hoon & Van Doorn 2013

M.W. de Hoon & C.J.M. van Doorn, 'Inkoopmacht in de supermarktbranche: het civielrechtelijke perspectief', *NTBR* 2013 (nog te verschijnen).

Inderst & Mazzarotto 2008

R. Inderst & N. Mazzarotto, 'Buyer Power in Distribution', in: W.D. Collins (ed.), *Issues in Competition Law*, Chicago: American Bar Association 2008, p. 1953-1978.

Inderst & Shaffer 2007

R. Inderst & G. Shaffer, 'Retail mergers, buyer power, and product variety', *Economic Journal* 2007, p. 45-67.

Van Lierop & Pijnacker 2007

W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2007.

OFT 2000

Office of Fair Trading (Competition Commission) 2000, *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, beschikbaar via www.webarchive.nationalarchives.gov.uk en www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/446super.htm#full.

OFT 2004

Office of Fair Trading (Competition Commission) 2004, *The supermarkets code of practice*, beschikbaar via www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/consumer_protection/oft697.pdf.

OFT 2008

Office of Fair Trading (Competition Commission) 2008, *The supply of groceries in the UK market investigation*, beschikbaar via www.competition-commission.org.uk.

OFT 2009

Office of Fair Trading (Competition Commission) 2009, *The Groceries (Supply Chain Practices) Market Investigation Order 2009*, beschikbaar via www.oft.gov.uk/shared_of/monopolies/GSCOP-Order.pdf.

Principles of Good Practice 2011

Vertical relationships in the Food Supply Chain: Principles of Good Practice, B2B High Level Platform, 2009, beschikbaar via www.ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/competitiveness/forum_food/index_en.htm.

Quinn 2005

B. Quinn, *How Wall-Mart is Destroying America (and the World)*, Berkeley: Ten Speed Press 2005.

Van der Stichele & Young 2009

M. Vander Stichele & B. Young, *The Abuse of Supermarket Buyer Power in the EU Food Retail Sector, Preliminary Survey of Evidence*, SOMO 2009, beschikbaar via www.somo.nl.

Stollowsky 2009

F. Stollowsky, *Nachfragemacht im Lebensmittelhandel*, Hamburg: Igel Verlag 2009.

Visiedocument Inkoopmacht 2004

NMa Visiedocument Inkoopmacht, 2004, beschikbaar via www.nma.nl.

Vranken 1995

Asser-Vranken, *Algemeen deel****, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Van der Zeijden, Pleijster, Hessels & Kemp 2005

P.Th. van der Zeijden, F. Pleijster, S.J.H. Hessels & R.G.M. Kemp, *Verbod op verkoop beneden de inkoopprijs, Een internationale vergelijking*, EIM 2005, beschikbaar via www.zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29800-XIII-86-b2.pdf.

Van der Zeijden, Pleijster, Van Essen & Snoei 2009

P.Th. van der Zeijden, F. Pleijster, C. Van Essen & J. Snoei, *De aard en omvang van inkoopmacht, Onderzoek naar de percepties van leveranciers*, beschikbaar via www.rijks-

overheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2009/12/17/de-aard-en-omvang-van-inkoopmacht.html.

Zippro

E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Recht en praktijk nr. 174, Deventer: Kluwer 2009.

12 NAMING EN SHAMING IN HET CONTRACTENRECHT?

Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen

J.G. van Erp

SAMENVATTING

Laten ondernemingen zich afschrikken door de dreiging van schadevergoeding als ze contractuele afspraken met een handelspartner niet nakomen? Die vraag staat in deze bijdrage centraal. In de discussie over preventieve effecten van schadevergoedingen wordt vaak uitsluitend gerefereerd aan de directe kosten van te vergoeden schade. De afschrikwekkende werking daarvan is onvoldoende om in effectieve preventie te kunnen voorzien. Uit empirisch onderzoek naar de handelsbetrekkingen tussen ondernemingen wordt duidelijk dat reputatie een cruciale factor is bij het begrijpen van de afschrikwekkende werking van schadevergoedingen. Ondernemers komen hun afspraken na, omdat ze anders reputatieschade lijden. Dit reputatie-effect treedt echter alleen op als er een informatiecircuit is waarbinnen reputatie-informatie wordt verspreid. In het Nederlandse schadevergoedingsrecht lijkt vooral die informatieverbreiding over schadevergoedingen een effectieve regulering door middel van reputatie-effecten in de weg te staan. Schadevergoedingszaken tussen ondernemingen worden meestal geschikt en komen niet in de publiciteit. Negatieve publiciteit over schadevergoedingen, naming en shaming, zou de reputatie-effecten kunnen vergroten en daarmee kunnen bijdragen aan een sterkere preventieve werking van de schadevergoeding.

1 INLEIDING

1.1 *Het preventieve effect van de schadevergoeding*

Iemand die een ander schade berokkent door een onrechtmatige daad of wanprestatie moet deze schade vergoeden. Compensatie van de geleden schade wordt beschouwd als de primaire functie van het schadevergoedingsrecht. De effecten van schadevergoeding beperken zich echter niet tot het individuele geval waarop de norm wordt toegepast. De

norm is per definitie ook op toekomstige gevallen gericht.¹ Algemeen wordt daarom aan het aansprakelijkheidsrecht ook een maatschappelijk effect toegeschreven: dat van preventie.

‘De wetenschap aanzienlijke schadevergoeding te moeten betalen indien schade aan derden wordt berokkend, kan een heilzame werking uitoefenen op het gedrag van personen. Zulks in dier voege dat zij trachten de schade te voorkomen’,

stelt Spier in zijn standaardwerk over verbintenissen en schadevergoeding.² Van Boom stelt dat aansprakelijkheid drie doelen heeft: recht doen aan de benadeelde, herstel of correctie van diens positie en het bieden van een *negatieve prikkel* aan de ‘dader’ en eventuele anderen die vergelijkbare schade zouden kunnen toebrengen (cursivering jve).³ Ook Kroeze stelt dat naast herstel, een minstens zo belangrijke functie van het aansprakelijkheidsrecht is dat met de schadevergoeding een maatschappelijke norm wordt gehandhaafd, die de schadetoebrenger heeft geschonden. Anderen zullen hun gedrag aanpassen om te voorkomen dat zij ook aansprakelijk zullen worden gesteld.⁴ Verheij werkt de rechtshandhavende functie van schadevergoeding uit en onderscheidt deze van de preventieve werking. Rechtshandhaving gaat vooraf aan preventie, maar van de toekenning van smartengeld kan wel een preventieve werking uitgaan.⁵ Lindenberg gebruikt het begrip ‘generale preventie’ zoals dat ook in het strafrecht wordt gehanteerd.⁶ Net als voor de meeste juristen moet generale preventie volgens hem als een, overigens bepaald niet ongewenst, neveneffect worden beschouwd, omdat de schadevergoeding doorgaans niet is vormgegeven met het oog hierop. Voor rechtseconomen is preventie zelfs de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht.⁷

Hoewel blijkens het bovenstaande aan het schadevergoedingsrecht door veel auteurs wel een zekere preventieve of afschrikwekkende werking wordt toegeschreven, plaatsen de meeste auteurs hier toch direct vraagtekens bij. Lindenberg stelt dat het preventieve effect zal verschillen naar gelang de toebrenger van de schade zich calculerend opstelt en naarmate de verplichting tot vergoeding van de schade in die afweging wordt betrokken.⁸ Ook uit zijn opmerking dat de schadevergoeding niet wordt ontworpen met het oog op preventie, kunnen we afleiden dat preventie geen belangrijke rol speelt in de rechtspraktijk omtrent schadevergoedingen. En in deze bundel relateert Giesen de ‘opvoedende waarde’ van

1 Van Dunné 2001.

2 Spier 2003.

3 Van Boom 2006, p. 18.

4 Kroeze 2005, p. 2.

5 Verheij 2002, p. 448.

6 Lindenberg 1998.

7 Faure 2001, p. 224.

8 Lindenberg 1998, p. 46; zie ook Spier 2003.

het aansprakelijkheidsrecht, door te laten zien dat een leereffect pas optreedt als degene die de schade heeft veroorzaakt, zich ook werkelijk verantwoordelijk voelt en niet de schuld op een ander schuift. Ook in verschillende rechtseconomische studies is geen direct verband vastgesteld tussen aansprakelijkheid en gedrag. Zo blijkt uit onderzoek naar medische aansprakelijkheid, productaansprakelijkheid, bedrijfsongevallen en milieu-aansprakelijkheid in de VS dat er geen directe samenhang is tussen aansprakelijkheidsregimes en het aantal ongevallen.⁹

De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht wordt door een aantal zaken belemmerd.¹⁰ In de eerste plaats werkt het aansprakelijkheidsrecht achteraf, als het kwaad al is geschied. Ten tweede is het afhankelijk van de bereidheid van individuele partijen om de toebrenger van de schade aansprakelijk te stellen. Dit is een kostbare, tijdrovende procedure, waardoor het risico bestaat dat partijen het erbij laten zitten. Met andere woorden: in het aansprakelijkheidsrecht is het makkelijk te dreigen met een claim, maar dit recht kent hoge handhavingskosten.¹¹ Dat risico is er zeker bij massaschade waarin elke individuele partij slechts een geringe schade heeft geleden ('strooischade'). In het internationale handelsrecht komt hier nog het probleem bij dat nationale aansprakelijkheidsregimes onvoldoende zekerheid bieden voor in wereldwijde handelsrelaties: omdat elk land een eigen regime kent, is onvoldoende voorspelbaar of contractuele relaties adequaat kunnen worden gehandhaafd.¹² Ten derde is de omvang van de schadevergoeding en daarmee de negatieve prikkel die ervan uitgaat, afhankelijk van de geleden schade. Zeker in geval van immateriële schade, biedt de schadevergoeding daarmee niet voldoende negatieve prikkel om af te schrikken en kan een handhavingstekort ontstaan. Daarom wordt wel voorgesteld om hogere bedragen ter rechtshandhaving toe te kennen.¹³

Uit het bovenstaande wordt duidelijk dat de beperkte preventieve werking van de schadevergoeding veelal wordt toegeschreven aan het probleem dat de schadevergoeding *onvoldoende* zou afschrikken, gezien de hoogte van het te betalen bedrag of de kans dat een procedure wordt gestart of met succes (voor de eiser) wordt beëindigd. Met andere woorden: de kosten van overtreding zijn te laag in verhouding tot de baten. De discussie over de preventieve werking van de schadevergoeding in het privaatrecht vertoont daarmee grote parallellen met klassieke benaderingen van generale preventie en afschrikking in het strafrecht. Klassieke strafrechtelijke theorieën over afschrikking hanteren een rationele-actorperspectief op overtredingsgedrag: de normadressant weegt bij de beslissing om regels

9 Faure 2001; Visscher 2005. Zie voor een uitgebreid onderzoek naar de preventieve werking van verkeersaansprakelijkheid, ook Van Dam 2001. Ook in dit onderzoek wordt geen empirische onderbouwing gevonden van de invloed van verkeersaansprakelijkheidsregels op ongevallen.

10 Van Boom 2006.

11 Badawi 2010.

12 Dietz 2012; McLeod 2007.

13 Verheij 2002.

na te leven dan wel te overtreden, de ingeschatte kosten en baten van een overtreding tegen elkaar af.¹⁴ De pakkans en de zwaarte van de verwachte sanctie, en de opbrengst van de overtreding, zijn in deze afweging cruciale factoren.¹⁵ Ze kunnen worden beschouwd als de strafrechtelijke equivalenten van de hoogte van de schadevergoeding in het privaatrecht. Niet alleen de gehanteerde verklaringsmodellen stemmen overeen. Om theorieën over preventie te illustreren, wordt zowel in de literatuur over schadevergoedingen als over generale preventie van organisatiecriminaliteit in het strafrecht, dezelfde archetypische casus opgevoerd: de Ford Pinto-affaire.

1.2 *De rationele onderneming: de Ford Pinto-affaire*

Ford introduceerde in 1970 de Pinto, een nieuw model compacte personenauto waarmee het bedrijf de Japanse concurrentie het hoofd wilde bieden. Ford bracht de Pinto op de markt ondanks het feit dat bij botsproeven regelmatig explosies van de benzinetank hadden plaatsgevonden. Technische verbetering van de benzinetank zou 137 miljoen dollar kosten. In een intern rapport dat later boven water kwam, raamde Ford de kosten van de schadevergoedingen die aan de families van de slachtoffers (die dus nog moesten gaan vallen) betaald zouden moeten worden op 49,5 miljoen dollar: 200.000 dollar per mensenleven. Op basis van deze calculatie zette Ford de verkoop van de Pinto door, waarna zich in de loop van de daaropvolgende jaren inderdaad een aantal ernstige en fatale ongevallen voordeed. Het vervolg van de Ford Pinto-zaak kan alleen in superlatieven beschreven worden: Ford doorstond een van de grootste publiciteitscrises in de geschiedenis van ondernemingen; aan een van de eerste slachtoffers werd een (toendertijd) recordbedrag van 125 miljoen dollar aan *punitive damages* toegekend; de Pinto werd onderwerp van een van de grootste *product recalls* aller tijden; en tegen Ford werd een tot op dat moment ongekende strafzaak voor productaansprakelijkheid gestart.¹⁶

De Ford Pinto-affaire zoals die in de literatuur wordt gepresenteerd, reflecteert de wijze waarop in het aansprakelijkheidsrecht en de criminologie lange tijd werd aangekeken tegen overtredende ondernemingen: rationeel calculerende actoren die welbewust kosten en baten van overtredingen tegen elkaar afwegen. In de literatuur over organisatiecriminaliteit is Ford daarmee hét symbool van de rationele, amorele onderneming die 'winst boven mensenlevens' plaatst.¹⁷ In de literatuur over aansprakelijkheidsrecht komen we de Ford Pinto-zaak vaak tegen ter illustratie van de preventieve werking van schadevergoeding –

14 Zie o.a. Kagan & Scholz 1984; Nagin 1998.

15 Van Wingerde 2012.

16 Lee & Ermann 2002.

17 Bijv. Lanier & Henry 2004, p. 96.

en de gebreken daarvan in de praktijk. Enerzijds weegt Ford de winst van het op de markt brengen van een product af tegen de kosten van de te betalen schadevergoeding, waarmee de preventieve werking van de schadevergoeding in theorie kan worden geïllustreerd. Tegelijkertijd laat de Ford Pinto-zaak ons zien dat de dreiging van schadevergoeding onvoldoende is om te voorkomen dat onveilige producten op de markt worden gebracht.

Vanuit deze gedachtegang is de voor de hand liggende oplossing van de tekortschietende preventieve werking van de schadevergoeding: hogere schadevergoedingen, opdat de kosten ervan de baten van overtredingen overstijgen. In Nederland vinden we de weerklink van deze redenering in pleidooien voor *punitive damages* ofwel een civiele boete. Aan deze boete is bij uitstek het aspect van afschrikking ofwel preventie verbonden. De civiele boete is een bedrag dat, bovenop de reguliere schadevergoeding die bedoeld is ter compensatie van geleden schade, wordt opgelegd om eventuele opzet van de schadetoebrenger extra te bestraffen. Doel daarvan is vergelding, maar *ook* het voorkomen en afschrikken van het betreffende gedrag.

Het beeld van de rationeel handelende onderneming is in de literatuur inmiddels echter grondig bijgesteld. Uit empirisch onderzoek naar ondernemingen rijst een heel ander beeld dan dat van de rationeel calculerende actor. Ondernemingen maken fouten, beschikken niet over volledige informatie of overzicht, zijn intern verdeeld, overschatten hun kansen en hechten meer waarde aan potentiële winst dan aan potentieel verlies.¹⁸ Dat ondernemingen in werkelijkheid geen perfecte beslissers zijn, blijkt al uit de Ford Pinto-zaak. Ford schat het aan schadevergoeding te betalen bedrag volkomen verkeerd in: in plaats van 49,5 miljoen dollar in totaal, moet de onderneming alleen al aan één slachtoffer 125 miljoen dollar betalen. Nog meer dan het ongekend hoge bedrag aan schadevergoeding zal Ford schade hebben geleden door de negatieve publiciteit en het stigma van de strafrechtelijke vervolging.

Recent nieuw onderzoek naar de Ford Pinto-affaire laat zien dat het beeld van Ford als rationele beslisser op meer punten inadequaat is.¹⁹ In plaats van een weloverwogen besluit op één moment in de tijd, is sprake van een betrekkelijk onreflexief proces dat zich afspeelt in vele lagen van de organisatie en haar omgeving; en op vele momenten in de tijd. Een bewuste afweging van kosten en baten van schadevergoeding blijkt in het geheel niet te hebben plaatsgevonden. De beruchte interne notitie waarin kosten en baten tegen elkaar werden afgezet, blijkt pas te zijn opgesteld enkele jaren nadat de Pinto op de markt werd gebracht, waardoor deze notitie geen rol kan hebben gespeeld in de besluitvorming over de introductie van het nieuwe type. De testresultaten van de benzinetank blijken niet zo eenduidig als werd verondersteld en bovendien was het uitvoeren van veiligheidstests

18 De zogenoemde 'self-serving bias', zie de bijdrage van Giesen in deze bundel.

19 Lee & Ermann 2002.

een nieuwe ontwikkeling en was het meewegen van de resultaten daarvan in management-beslissingen nog niet ingeburgerd. En het belangrijkste: de auto-industrie was een gesloten wereld waarin de opvattingen over risico's in betrekkelijke isolatie van de maatschappelijke omgeving tot stand kwamen. De veiligheidsrichtlijnen waren het resultaat van een besloten onderhandelingsproces tussen de industrie en de overheid, waarin maatschappelijke invloeden niet doordrongen. In hedendaagse colleges over organisatiecriminaliteit figureert de Ford Pinto-affaire dan ook niet als voorbeeld van doelgericht en calculerend handelen, maar als voorbeeld van de onvolkomenheid van besluitvorming binnen ondernemingen en het onvermogen van bedrijven om de economische en maatschappelijke gevolgen van hun handelen goed in te schatten.²⁰

1.3 *Generale preventie in het strafrecht*

De verandering in het denken over de Ford Pinto-affaire weerspiegelt die in het denken over generale preventie in het strafrecht. Uit verschillende studies blijkt dat bedrijven de gevolgen in termen van reputatieverlies en reacties van de sociale omgeving veel erger vinden dan een boete door de overheid, die soms jaren later wordt opgelegd.²¹ Modernere afschrikkingstheorieën geven daarom in de eerste plaats meer aandacht aan de vraag *welke* kosten en baten in de besluitvorming moeten worden betrokken.²² Reputatieschade hoort daarbij. In de tweede plaats wordt het vraagstuk van de informatieverwerking en besluitvorming binnen ondernemingen nadrukkelijk centraal gesteld. De verklaring voor de Ford Pinto-affaire ligt bijvoorbeeld niet in het feit dat de kosten van schadevergoeding niet opwegen tegen die van de aanpassing van het ontwerp, maar in gebreken in de informatieverwerking en besluitvorming bij Ford. Op dezelfde manier stellen hedendaagse auteurs over afschrikking de vraag hoe informatie over strafrechtelijke sancties wordt verspreid en geïnterpreteerd door de doelgroep.²³ In een recent onderzoek waarin een aantal in het oog springende opgelegde strafrechtelijke sancties werd voorgelegd aan een groep bedrijven werd bijvoorbeeld duidelijk dat veel strafrechtelijke sancties niet of nauwelijks bekend waren en dat de hoogte van de boete door deze groep veel lager werd ingeschat dan de werkelijk opgelegde boete.²⁴

Dat de empirische werkelijkheid niet overeenstemt met het model van de onderneming als rationele actor, doet overigens niet af aan de waarde van de rationele-keuzebenadering. Het rationele-keuzemodel beoogt namelijk niet een zo adequaat mogelijke *beschrijving* te bieden van de empirische werkelijkheid, maar gedrag te *modelleren* teneinde theorieën te

20 Van de Bunt 1992; Van Wingerde 2012.

21 Van Wingerde 2012; Van Erp 2011; Kagan, Gunningham & Thornton 2011.

22 Zie o.a. May 2004; Simpson 2002.

23 Zie o.a. Braithwaite 1989.

24 Gunningham, Kagan & Thornton 2005.

ontwikkelen over de collectieve uitkomsten van dat gedrag. In moderne rationele-keuze-benaderingen zijn de inzichten uit empirisch onderzoek naar besluitvormingsgedrag (van zowel ondernemingen als individuen) verwerkt. Zo wordt rekening gehouden met allerlei gebreken in informatieverwerking, door uit te gaan van beperkte rationaliteit.²⁵

In de sociaalwetenschappelijke theorievorming over strafrechtelijke afschrikking heeft, samenvattend, het strikte rationele-actormodel plaatsgemaakt voor een meer empirisch georiënteerd verklaringsmodel waarin de aard van de kosten van sancties en de communicatie en informatieverwerking over sancties centraal staan. Kunnen deze inzichten ook vruchtbaar zijn voor het denken over de preventieve werking van de schadevergoeding in het privaatrecht? Deze bijdrage vormt een poging de verklarende factoren in de sociaalwetenschappelijke theorieën over strafrechtelijke afschrikking te vertalen naar het terrein van privaatrecht. Van het strafrecht kunnen we leren dat de preventieve werking van de schadevergoeding beter kan worden begrepen als we inzicht te hebben in de aard van de *kosten* die schadevergoedingen met zich meebrengen en de verspreiding en verwerking van *informatie* over schadevergoedingen. In deze bijdrage zal ik deze twee onderwerpen verder uitwerken.

1.4 Opzet van deze bijdrage

Binnen de rechtssociologie is uitgebreid en in vele casestudies onderzoek gedaan naar de rol van het contractenrecht in het handelsverkeer tussen ondernemingen. Aan de basis van deze onderzoekstraditie ligt Stewart Macaulay's *Relational Theory of Contracts*. In dit onderzoek wordt over het algemeen een wat breder perspectief gehanteerd dan dat van de schadevergoeding. Het zijn veelal kwalitatieve dieptestudies die proberen te begrijpen hoe het handelsverkeer tussen ondernemers onderling verloopt, hoe geschillen worden opgelost en welke rol het formele recht daarbij speelt. In het eerste deel van deze bijdrage bespreek ik dit onderzoek. We zullen daarbij zien dat *reputatie* een cruciale factor is in de betrekkingen tussen ondernemingen. Ondernemers komen hun afspraken na, omdat ze anders reputatieschade leiden. Met andere woorden: naast de financiële kosten die een schadevergoeding met zich meebrengt, kunnen de kosten van reputatieschade afschrikken en contractbreuk voorkomen. Uit de casestudies destilleer ik condities waaronder dit preventieve effect optreedt.

In paragraaf 3 maak ik de vertaalslag van de bevindingen in de lijn van de *relational theory of contracts* naar de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht. Ik onderzoek in hoeverre het reputatie-effect zich voordoet in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Kort samengevat

²⁵ Zie bijvoorbeeld Posner 2000.

luidt de vraag hier: heeft een veroordeling tot het betalen van een schadevergoeding een negatief effect voor de reputatie van een onderneming? In paragraaf 4 komt de tweede verklarende factor voor het preventieve effect van schadevergoedingen in beeld: de informatieverbreiding over schadevergoedingen. Het zal duidelijk worden dat in de Nederlandse praktijk met name de informatieverbreiding over de schadevergoedingen een regulerende werking door middel van reputatie-effecten in de weg staat. Ik onderzoek daarom de mogelijkheid om de reputatie-effecten van schadevergoeding te vergroten door negatieve publiciteit hierover, of met andere woorden, *naming and shaming*. Ik bespreek de juridische mogelijkheden om publicatie van schadevergoedingen af te dwingen, en het gebruik daarvan in de praktijk. Ik zal de vraag stellen of een betere benutting van deze mogelijkheden kan bijdragen aan de vergroting van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.

2 REPUTATIE-EFFECTEN VAN CONTRACTBREUK

2.1 De ‘*Relational theory of contracts*’

Eind jaren vijftig gaf de jonge en nog onervaren jurist Stewart Macaulay het eerstejaars vak Contractenrecht. Toen hij zijn schoonvader, de General Manager van een groot bedrijf, vertelde over de inhoud van het vak, kon deze hem nauwelijks geloven. Deze schoonvader was betrokken geweest bij vele zakelijke geschillen, maar nooit had hij meegemaakt dat hiervoor een juridische oplossing werd gezocht. Macaulay's schoonvader vond dat het contractenrecht zoals zijn schoonzoon dat doceerde, een zeer onjuist beeld gaf van de zakenwereld en organiseerde voor zijn schoonzoon een reeks gesprekken met bevriende zakenmensen.²⁶ Macaulay schreef hierover een artikel dat een van de meest geciteerde publicaties in de rechtssociologie werd en de basis vormt voor een grote hoeveelheid wetenschappelijke onderzoek naar de werking van het contractrecht in de praktijk.²⁷ In deze paragraaf beschrijf ik wat we uit dit onderzoek kunnen leren over de preventieve werking van de schadevergoeding.

Macaulay ontdekte dat ondernemers in geval van zakelijk conflict slechts zelden een beroep doen op de onderliggende juridische contracten. De volgende citaten uit zijn klassieke publicatie maken duidelijk hoe er binnen de zakenwereld aangekeken wordt tegen het recht. ‘Als er iets aan de hand is zorg je dat je de ander aan de telefoon krijgt en je lost het probleem op. Je leest geen juridische clausules aan elkaar voor als je ooit weer zaken wilt

²⁶ Griffiths 1996, p. 69; zie ook Hertogh 2005.

²⁷ Macaulay 1963, p. 55-67.

doen. Je moet je in de zakenwereld fatsoenlijk gedragen: je rent niet naar je advocaat als je mee wilt doen.’ Een ander stelt: ‘Je kunt elk geschil regelen als je de juristen en accountants er maar buiten houdt. Die begrijpen nu eenmaal niets van het geven en nemen dat in de zakenwereld nodig is.’ Juridische procedures worden zelden gevoerd, omdat er voldoende alternatieve niet-juridische sancties beschikbaar zijn die een goedkoper en duurzamer alternatief bieden. De verhoudingen tussen ondernemingen zijn meestal duurzaam en het belang van de instandhouding van de handelsrelatie weegt vaak zwaarder dan het geschil dat aan de orde is. Volgens Macaulay zijn contractuele relaties dan ook beter vergelijkbaar met een huwelijk dan met een *one-night stand*.²⁸ Als er problemen ontstaan, kunnen die in latere transacties meestal worden rechtgezet. Problemen met de kwaliteit van een product kunnen bijvoorbeeld worden gerepareerd in de service achteraf. Het risico dat de handelsrelatie wordt beëindigd, is volgens Macaulay voldoende als stok achter de deur om oplossingen te bevorderen. Kortom, contracten zijn voer voor juristen, maar hebben volgens Macaulay geen doorslaggevende invloed op het gedrag van ondernemers.

Macaulays werk heeft aan de basis gestaan van een traditie van empirische rechtssociologische studies naar de rol van contracten in het verkeer tussen ondernemingen. Daarnaast zijn er rechtseconomen die mede door deze traditie zijn beïnvloed, maar de weg van de formele analyse kiezen om de handhaving van contractuele afspraken te bestuderen.²⁹ In recente literatuur wordt vanzelfsprekend de vraag gesteld in hoeverre *de relational theory of contracts* een realistisch beeld schetst van de hedendaagse zakenwereld, met name in de *global economy*. Het bestaan van informele ‘relationele’ contracten is echter bevestigd in diverse casestudies van moderne, zelfs wereldwijde, handelsrelaties.³⁰ Juist in complexe productieprocessen met een hoog innovatief karakter is het immers onmogelijk dat handelsbetrekkingen volledig worden ‘dichtgeregeld’ in contracten. Met andere woorden contracten zijn noodzakelijkerwijs ‘incompleet’. Het onzekere karakter van de interacties tussen betrokkenen maakt juist flexibiliteit en ‘geven en nemen’ noodzakelijk. Het is daarom gangbaar geworden contractuele relaties op een continuüm te plaatsen met meer duurzame, coöperatieve relaties aan de ene kant en meer eenmalige, competitieve relaties aan de andere kant. De vraag die voor ons relevant is, is daarom niet zozeer of Macaulay’s zienswijze al of niet kan worden gegeneraliseerd, maar *waarom* sommige markten goed functioneren zonder een rechtstreeks beroep te doen op handhaving met juridische middelen. Zowel de rechtseconomische theorievorming op het gebied van de handhaving van het contractenrecht als het empirisch onderzoek in de traditie van de *relational theory of contracts* laten steeds weer zien dat contracten weliswaar de wettelijke verplichtingen van

28 Macaulay 2003.

29 Onder andere Posner 2000; Bernstein 2001; Charny 1990; Ellickson 1991. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de twee stromingen ook De Hoon 2005.

30 Badawi 2010; Dietz 2012; Jettinghof 2001; Lin & Whitford 2013.

partijen bevatten, maar dat de naleving ervan in belangrijke mate wordt afgedwongen door buitenwettelijke mechanismen. De belangrijkste van die mechanismen is de dreiging van reputatieschade voor degene die zijn afspraken niet nakomt.

2.2 *Conceptualisering van reputatie-effecten*

We kunnen drie typen kosten onderscheiden die kunnen volgen op het niet nakomen van afspraken. In de eerste plaats de kosten van het vergoeden van de schade aan de tegenpartij. Dit is het type kosten waarop in de meeste redeneringen over het mogelijke preventieve effect van schadevergoedingen wordt gedomd: de directe kosten van de schadevergoeding. Macaulays werk wijst er echter op dat transacties tussen ondernemers geen geïsoleerde, eenmalige gebeurtenissen zijn, maar dat ze plaatsvinden in de context van relaties tussen partijen.³¹ Transacties in het heden vinden plaats onder invloed van de *'shadow of the past'* en de *'shadow of the future'*.³² Voor de meeste ondernemers is de mogelijkheid dat ze bij eventuele problemen achteraf schadevergoeding kunnen eisen, niet bepaald een geruststellende gedachte. Zo'n procedure is immers omslachtig, onzeker en duur.³³ Zeker in markten met hoge vaste kosten en investeringskosten (zoals de zware industrie; in sectoren met hoge R&D-kosten, zoals de farmacie en in innovatieve sectoren waar aanbieders en afnemers gezamenlijk producten ontwikkelen en er meer sprake is van partnerschap dan van een leverancier-afnemerrelatie) gaan ondernemingen langlopende contractuele relaties aan waarin ze zo sterk van elkaar afhankelijk zijn dat wisselen van contractpartner zeer onaantrekkelijk is.³⁴ Ondernemers willen daarom over het algemeen problemen voorkomen in plaats van ze achteraf oplossen.³⁵ Daarom doen ze zaken met partners die ze kunnen vertrouwen: partners die de reputatie hebben hun afspraken na te komen (de *'shadow of the past'*).³⁶ Een reputatie van betrouwbaarheid maakt de kans op toekomstige opdrachten groter; de dreiging om zakenpartners te verliezen vormt een stimulans om afspraken na te komen (de *'shadow of the future'*). Vanuit dit perspectief wordt duidelijk dat het niet nakomen van afspraken ook indirecte kosten van reputatieschade met zich meebrengt. We onderscheiden twee reputatie-effecten. In de eerste plaats in tweezijdige relaties: het verlies van vertrouwen van de directe handelspartner, waardoor men toekomstige opdrachten misloopt. Zeker in grote markten met veel alternatieve beschikbare handelspartners is dit echter geen effectief reguleringsmechanisme. Een veel krachtiger reputatie-effect is mogelijk wanneer ook de relatie met derde partijen in de redenering wordt

31 Macaulay 2003.

32 Kamann, Snijders, Tazelaar & Welling 2006.

33 Barendrecht & Kamminga 2004, p. 156.

34 Stern 2012.

35 Johnston 2001.

36 Misztal 1996, p. 121.

betrokken. Een reputatie representeert de verwachting dat een onderneming zijn afspraken zal nakomen en is gebaseerd op het gedrag van de onderneming in het verleden.³⁷ Een reputatie van betrouwbaarheid is dan ook een vorm van kapitaal, omdat deze het aangaan van handelsrelaties vergemakkelijkt, doordat handelspartners worden geïnformeerd over de betrouwbaarheid van een onderneming. Op dezelfde manier kan informatie over niet-nagekomen afspraken ook derde partijen bereiken – huidige of potentiële handelspartners en afbreuk doen aan de reputatie. Dat maakt dat op contractbreuk *'third party sanctions'* staan in de vorm van gemiste potentiële handelsovereenkomsten met derden. Een geschonden afspraak met één partij vertaalt zichzelf dan meteen naar een geschonden afspraak met alle partijen op de markt.³⁸

Samenvattend kunnen we drie typen kosten onderscheiden van het niet-nakomen van afspraken. In de eerste plaats de kosten van de te vergoeden schade. In de tweede plaats de kosten van gemiste toekomstige opdrachten van de directe handelspartij. Dit noem ik het tweezijdige reputatie-effect. In de derde plaats het driezijdige reputatie-effect van gemiste toekomstige opdrachten van derden.

Het driezijdige reputatie-effect is het meest krachtig, maar stelt hoge eisen aan de informatie-uitwisseling tussen partijen. Partijen moeten er immers van op de hoogte raken als anderen hun afspraken niet nakomen. Sommige markten bieden hiervoor betere condities dan andere.³⁹ In de traditie van Macaulay zijn daarom diverse casestudies verricht van markten waar krachtige reputatie-effecten bestaan, om te onderzoeken welke kenmerken van deze markten hiertoe bijdragen. Ik geef hier twee voorbeelden van deze markten.

2.3 *Reputatie als reguleringsmechanisme: twee casestudies*

Een eerste voorbeeld is de katoenmarkt in de zuidelijke staten van de Verenigde Staten, zoals beschreven door Bernstein.⁴⁰ De katoenhandel kenmerkt zich door onderling vertrouwen. Zoals een handelaar vertelt: *'Millions of dollars of business will be done on the basis of a thirty-second phone call.'* De prijzen zijn wisselvallig; de kwaliteitsbeoordeling van katoen is in hoge mate subjectief. Deals worden meestal mondeling, zelfs telefonisch gesloten, pas later wordt de partij bekeken en het contract schriftelijk vastgelegd. Vanwege deze kenmerken van de katoenhandel is het cruciaal dat katoenhandelaren beschikken over een reputatie van betrouwbaarheid op het gebied van tijdige levering, tijdige betaling,

37 Fombrun & Shanley 1990; Deephouse 2000.

38 Posner 2000, Faure & Escresa 2011.

39 Charny 1990, p. 418.

40 Bernstein 2001.

flexibiliteit en zekerheid dat de gevraagde kwaliteit wordt geleverd. De handelsverenigingen voor katoenhandelaren hebben daarom een aantal mechanismen gecreëerd om reputatie-informatie actief te verspreiden. Zo houdt de handelsvereniging een register bij van reputatie-informatie. Lidmaatschap van de handelsvereniging vereist het melden van overtredingen van handelspartners aan de vereniging opdat dit register gevuld blijft. Namen van overtreders worden gepubliceerd en ernstige overtreders worden uit de handelsvereniging verwijderd. Dit is 'meestal de doodssteek voor je handel'. Tot slot dragen een actieve handelspers en gespecialiseerde handelsbanken, bij aan de informatieverbreiding over de betrouwbaarheid van handelaren.

Naast deze meer formele mechanismen zijn er ook informele mechanismen om de uitwisseling van informatie tussen handelaren onderling te faciliteren. Die informele mechanismen zijn er vooral op gericht om de verbinding tussen zakelijke en persoonlijke relaties in stand te houden. De katoenhandel is een hechte gemeenschap, niet alleen in zakelijk maar ook in sociaal opzicht. Het feit dat de handel geografisch is geconcentreerd in Front Street in Memphis in 'the Old South' van de VS draagt hier al toe bij. Handelaren vertellen: 'Front Street is net een naaikransje. Het is erger dan een stel oude wijven. Elke serieuze overtreding is er binnen een dag bekend.' Daarnaast organiseren de handelsverenigingen allerlei sociale evenementen, waardoor de katoenhandelaren een gemeenschap blijven en ook hun families worden betrokken: een jaarlijks debutantenbal, carnaval ('Memphis Mardi Gras'), een Cotton Wives club met een eigen blad *Cotton Tales*, golftoernooien, enzovoort.

Een tweede voorbeeld van een markt waarin effectieve reputatiesancties worden opgelegd, is de diamanthandel in New York.⁴¹ Aangezien diamanthandel meestal op krediet plaatsvindt, diamanten door ontelbare tussenpersonen en -handelaren worden bekeken en beoordeeld voor ze hun uiteindelijke afnemer bereiken en er een bloeiende zwarte markt voor gestolen diamanten bestaat, is er onder diamanthandelaren een enorme behoefte aan informatie over de betrouwbaarheid van handelspartners. De New York Diamond Dealers Club (DDC) voorziet in deze behoefte. Deze handelsvereniging annex beurs is gevestigd in 47th Street in Manhattan, waar 95% van de diamanthandel in de VS plaatsvindt. Lidmaatschap van de DDC biedt handelaren diverse voordelen. In de eerste plaats een zwaar beveiligde handelsruimte. Ten tweede heeft de DDC het monopolie op reputatie-informatie: er is een verplicht arbitragestelsel en leden die hun toevlucht zoeken tot formele rechtspraak krijgen een boete of worden geroyeerd. De wijze van verspreiding van reputatie-informatie op deze beurs is verrassend eenvoudig voor een markt waarin 30 miljard dollar per jaar omgaat. Op de beursvloer is een muur waarop alle relevante informatie over de betrouw-

41 Richman 2006.

baarheid van leden van de beurs wordt weergegeven.⁴² Van kandidaat-leden wordt gedurende tien dagen een foto aangeplakt, waarbij ieder ander lid op- en aanmerkingen over de reputatie van de kandidaat kan aangeven. Uitspraken van de arbitragecommissie van de beurs worden op de muur gepubliceerd en partijen die hun schulden niet hebben afgelost, worden met een foto – enigszins gelijkend op een ‘wanted’ poster – afgebeeld. Het is duidelijk dat handelaren tot elke prijs zullen willen voorkomen dat hun foto op de muur wordt aangetroffen. Naast deze muur is de beursvloer ook een fysieke plaats waar handelaren de laatste nieuwtjes met elkaar uitwisselen, referenties vragen over potentiële zakenpartners en reputatie-informatie snel wordt verspreid. En tot slot treffen we ook hier een vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties aan: 85 tot 90% van de leden van de DDC is joods, veel handelaren behoren tot families die generaties lang in het vak zitten en familie- en gemeenschapsbanden zijn sterk.

Dit zijn twee voorbeelden van markten waarin de nakoming van afspraken redelijk effectief wordt gereguleerd door een systeem van reputatiesancties. In deze markten weten ondernemers die contractbreuk plegen of zich anderszins niet aan de afspraken houden, dat ze niet alleen de veroorzaakte schade zullen moeten vergoeden, maar ook toekomstige opdrachten van de betreffende handelspartner én van derden zullen mislopen. Alle drie de onderscheiden kosten van contractbreuk komen dus voor. Dat betekent natuurlijk niet dat conflicten en contractbreuk nooit voorkomen, maar wel dat van de dreiging van reputatieschade een sterk preventief effect uitgaat. In deze markten biedt de dreiging van reputatieverlies in de meeste gevallen voldoende prikkel om de nakoming van afspraken af te dwingen en ontstane geschillen te beslechten. Die prikkel is zelfs zo sterk, dat het recht buitenspel komt te staan of, zoals in het geval van de DCC, zelfs actief buitenspel wordt gezet. In het navolgende zullen we uit deze casus enkele algemene kenmerken afleiden.

2.4 *Conditie voor preventie door de dreiging van reputatieschade*

In markten waarin een krachtig systeem van reputatiesancties functioneert zoals hierboven beschreven, zien we steeds weer de volgende condities.

In de eerste plaats gaat het om markten waarin vertrouwen bepalend is voor de totstandkoming van handelsbetrekkingen en waarin de reputatie, dat wil zeggen de geloofwaardigheid dat een partner zich aan de afspraken zal houden, van belang is voor totstandkoming van betrekkingen. Cruciaal in de hier beschreven markten is dat de ondernemers problemen willen voorkomen in plaats van achteraf via een ingewikkelde juridische procedure willen

42 Ook de Antwerpse diamantbeurs kent een dergelijke publicatie.

oplossen. Ze willen geen schadevergoeding, maar schade voorkomen. Dat vormt een prikkel voor handelspartners om actief op zoek te gaan naar reputatie-informatie en hierover informatie uit te wisselen.

In de tweede plaats betreft het hier kleine, gesloten, homogene markten, met een lange traditie en veelvuldige transacties. In de twee casus treffen we geografische concentratie aan in één straat en de New Yorkse Diamantbeurs is een letterlijk voorbeeld van geslotenheid. Die concentratie draagt ertoe bij dat partijen elkaar voortdurend tegenkomen en informatie uitwisselen over potentiële handelspartners.

Een derde kenmerk van dit soort markten is dat er een georganiseerd informatiecircuit is waarbinnen reputatie-informatie wordt uitgewisseld. Er is een officieel kanaal waarin overtredingen worden gepubliceerd en ook een actieve handelspers. Met andere woorden: er is sprake van *naming and shaming*, het aan de schandpaal nagelen van overtreders. De instantie die hiertoe door de branche is aangewezen, is een autoriteit die gezaghebbend optreedt.

Ten vierde is kenmerkend voor dit soort markten de vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties en een sterke vorm van sociale controle binnen de gemeenschap. Reputatiesancties kennen daardoor een sterke sociale inbedding: ze beschadigen niet alleen de economische positie van de handelaar, maar ook de sociale positie van hemzelf en zijn gezin in de gemeenschap. Zelfs ontstaat uit de beschreven casus de indruk dat de naleving van zakelijke afspraken een morele verplichting is: het nakomen van afspraken is een kwestie van eer, het schenden ervan zal leiden tot een verlies van respectabiliteit. *Shaming* dus in de letterlijke zin van het woord.

2.5 ‘Relational contracts’ in de software industrie

Door deze kenmerken zou de indruk kunnen ontstaan dat relationele contracten met name bestaan in traditionele, lokale markten met een sterke etnische, culturele of sociale verwevenheid. Gaat de *relational theory of contracts* ook op in het mondiale handelsverkeer van vandaag? Die vraag wordt bevestigend beantwoord in een recente casestudy van een markt die diametraal tegenover de diamant- en katoenhandel staat: de softwareindustrie.⁴³ Dietz beschrijft de handelsrelaties tussen Duitse ondernemingen en softwareontwikkelaars in India, Rusland en Oost-Europa. Softwarecontracten zijn complex en omvatten veel gelegenheden tot conflict, bijvoorbeeld wanneer het product niet op tijd wordt geleverd, niet aan de kwaliteitseisen voldoet of wanneer de softwareproducent de beschikking krijgt over

⁴³ Dietz 2012, p. 25-27.

concurrentiegevoelige bedrijfsinformatie van de klant. Toch doen vrijwel alle Duitse ondernemingen zaken met Indiase of Russische softwareontwikkelaars waarmee zij in de meeste gevallen nooit eerder zaken hebben gedaan. Hoewel uitvoerige contracten worden opgesteld, weten Duitse ondernemingen dat zij in geval van niet-nakoming, niet hoeven aan te kloppen bij de Russische of Indiase rechter. De juridische procedure neemt zes tot tien jaar in beslag, rechters oordelen vaak ten gunste van de lokale partij en een betrouwbaar systeem voor het afdwingen van rechterlijke uitspraken ontbreekt, zo is de ervaring van de Duitse ondernemingen. Het contract dient daarom vooral om de afspraken tussen de contractpartners vooraf te beschrijven, maar biedt weinig houvast bij de handhaving van deze afspraken.

Hoe is het mogelijk dat gerenommeerde Duitse ondernemingen als Siemens en Audi cruciale taken uitbesteden aan zakenpartners aan het andere eind van de wereld, die zij niet kennen en die zij niet kunnen dwingen zich aan de afspraken te houden? Ook hier blijken reputatiemechanismen een cruciale factor in het handelsverkeer. Allereerst maken reputatienetwerken het mogelijk om uitvoerig inlichtingen in te winnen over een softwareontwikkelaar bij referenties, voordat een contract wordt afgesloten. Duitse ondernemers doen niet alleen navraag bij het management van de onderneming die als referentie optreedt, maar ook bij de medewerkers die hebben samengewerkt met de ontwikkelaar en het bedrijf hebben bezocht. Als een Indiase of Russische ontwikkelaar eerder naar tevredenheid software heeft ontwikkeld voor IBM of Nokia, geeft dat in de eerste plaats vertrouwen. Het derde-partijen reputatie-effect heeft ook een preventieve werking, omdat softwareontwikkelaars weten dat toekomstige opdrachtgevers navraag zullen doen. Het niet tijdig leveren van een product met de gevraagde kwaliteit zal hen dus toekomstige klanten kosten. *'Delivery commitments that are made by companies like us, if you don't do this, it is not just a question of losing that half-million dollars or Euros. It is a total incredibility in the business. It's a small world'*, stelt een Indiase softwareproducent. Naast de onderlinge informatie-uitwisseling, spelen ook lokale kamers van koophandel een belangrijke rol als informatie-makelaar. Hoewel zij formeel niet de bevoegdheid hebben om een zwarte lijst te publiceren, verstrekken zij op verzoek schriftelijk of mondeling informatie aan de Duitse Kamer van Koophandel over de betrouwbaarheid van ondernemingen.

Deze casus laat dus zien dat ook in markten zonder lange traditie, sterke sociale inbedding en geografische nabijheid van handelspartners, reputatiemechanismen een cruciale rol spelen bij de handhaving van contractuele afspraken. In de volgende paragraaf onderzoek ik in hoeverre het reputatie-effect optreedt in het Nederlandse handelsverkeer tussen ondernemingen.

3 HET REPUTATIE-EFFECT IN HET NEDERLANDSE HANDELSVERKEER TUSSEN ONDERNEMINGEN

Er zijn diverse onderzoeken verricht naar geschilgedrag van Nederlandse ondernemingen in de traditie van de *relational theory of contracts*. Zo trekt Hertogh⁴⁴ een parallel tussen de zakenwereld zoals die door Macaulay wordt geschetst en de verhoudingen in de Nederlandse bouwwereld, zoals die naar voren kwamen in de Parlementaire enquête Bouwnijverheid. De Nederlandse bouwondernemers spreken over het recht in dezelfde bewoordingen als hun Amerikaanse collega's in het onderzoek van Macaulay: 'Als juristen de baas worden in ondernemersland, dan worden er geen deals meer gemaakt', stelt bijvoorbeeld de voormalig bestuursvoorzitter van aannemer Heijmans. De directeur van Ballast Nedam Infra merkt op: 'Stel dat wij met drie advocaten achter elkaar de contracten moeten tekenen! Er moet toch een stuk vertrouwen zijn naar elkaar toe. Wij moeten weten wat wij met elkaar aan het doen zijn.'⁴⁵

Ook de juridische studie van De Hoon⁴⁶ naar commerciële relaties schetst een beeld dat overeenstemt met dat van Macaulay. Haar studie beschrijft conflictsituaties tussen contractspartijen met een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dergelijke duurzame en complexe samenwerkingsrelaties is het vrij normaal dat aan beide kanten bepaalde afspraken niet volledig nagekomen worden. Dit leidt in de meeste gevallen niet tot grote problemen: ook hier is het een kwestie van er in onderling overleg uitkomen. In deze langdurige samenwerkingsrelaties ontstaan na verloop van tijd patronen die afwijken van de contractuele regels die bij aanvang van de samenwerking zijn opgesteld. Daarmee raakt het contract in de dagelijkse handelspraktijk op de achtergrond. Als een conflict escaleert of de relatie wordt beëindigd, is het dan ook de vraag of het wel redelijk is om zich op het oorspronkelijke contract te beroepen. Rechters kijken daarom niet alleen naar het contract, maar houden ook rekening met de omstandigheden van het geval en met uit het gedrag gerezen verwachtingen.

Een van de weinige Nederlandse grootschalige empirische studies in de traditie van Macaulay is dat van Rooks naar inkooptransacties.⁴⁷ In deze studie blijft het gedachtegoed van Macaulay overeind: niet-juridische sancties zoals het beëindigen van een relatie of het passeren van een leverancier voor een latere transactie, worden in de hedendaagse zakenrelaties veel vaker toegepast dan het eisen van schadevergoeding. Rooks bestudeerde het verloop van 1252 transacties. In 902 transacties ontstonden op een of andere manier pro-

44 Hertogh 2005, p. 56-57.

45 Hertogh 2005, p. 56-57.

46 De Hoon 2005, p. 7-9 en 106.

47 Rooks 2002.

blemen. Slechts 43 keer werd daarbij schadevergoeding gevorderd. Transacties in sectoren waarin afnemers en leveranciers frequent en intensief contact hebben, leveren minder problemen op dan transacties in sectoren waarin minder contact is. In het eerste geval kunnen problemen in latere transacties worden rechtgezet of is het belang van instandhouding van de relatie voldoende groot om een oplossing te vinden bij conflicten. In verreweg de meeste gevallen was contact en overleg dan ook voldoende om het probleem te verhelpen of liet men het er daarna bij zitten zonder maatregelen te nemen. 'Geven en nemen' is ook in deze studie dus een goede beschrijving van de realiteit. In ernstiger gevallen komt ook de niet-juridische sanctie van het beëindigen van de handelsrelatie veel voor: in driekwart van de gevallen waarbij het conflict tussen afnemer en leverancier vergaand was geëscaleerd, werd de leverancier voor latere transacties gepasseerd. Deze resultaten worden bevestigd in een studie van Kamann et al. naar transacties in de bouw.⁴⁸ In deze studie werd duidelijk dat problemen minder snel escaleren als partijen verwachten in de toekomst nog met elkaar samen te werken, met name als deze samenwerking tussen de betrokken individuen (in plaats van de organisaties) zou plaatsvinden.

Een andere studie in deze traditie is die van Jettinghof naar de beheersing van geschillen in relaties tussen bedrijven, onder de veelzeggende titel 'Het komt zelden voor'.⁴⁹ Jettinghof vergeleek drie markten: de kunststofverwerking, de bouw en het wegtransport. Ook in deze studie wordt duidelijk dat ondernemers waar mogelijk de escalatie van geschillen voorkomen door duurzame relaties aan te gaan. Deze relaties voorkomen op verschillende manieren dat geschillen escaleren (tot juridische procedures). In de eerste plaats kiezen ondernemers betrouwbare partners. Ten tweede worden met deze partners langdurige relaties aangeknoopt, waarin men de tijd heeft om producten en werkwijzen af te stemmen op de wensen van de klant. Als er ondanks deze voorzorgsmaatregelen toch problemen ontstaan, biedt de relatie mogelijkheden genoeg om deze in overleg op te lossen. Het belangrijkste is dan het verhelpen of repareren van het probleem. Als de schade onherstelbaar is, wordt verwacht dat de veroorzaker met een voorstel tot vergoeding komt, waarna de zaak in een proces van geven en nemen wordt opgelost.⁵⁰

Overigens blijken er wel verschillen te bestaan tussen de drie onderzochte markten. Relationale oplossingen komen het makkelijkst tot stand in de kunststofverwerking en het wegtransport, waar door de aard van de activiteiten en producten duurzame relaties mogelijk zijn. In de bouw echter bestaat veel grotere onzekerheid over de uit te voeren projecten. Als een grote opdracht onverwachts doorgaat, moeten op stel en sprong onderaannemers worden ingehuurd. Niet altijd kan men daarbij een beroep doen op ver-

48 Kamann, Snijders, Tazelaar & Welling 2006.

49 Jettinghof 2001.

50 Jettinghof 2011.

trouwde contacten. In deze sector wordt daarom actiever reputatie-informatie ingewonnen en uitgewisseld: sommige aannemers houden bijvoorbeeld een zwarte lijst bij van onderaannemers met wie ze slechte ervaringen hebben. Ook worden veel uitgebreidere contracten opgesteld (bestekken) en is er vaker behoefte aan conflictoplossing via juridische procedures. Die worden overigens niet altijd daadwerkelijk gestart, omdat vanwege de lange doorlooptijd geen snelle oplossing kan worden geboden.

Net als de casestudie van de Duitse software-industrie weerlegt de studie van Jettinghof de stelling dat globalisering leidt tot juridificatie en vertrouwen ondermijnt.⁵¹ Juist de kunststofverwerkende industrie is een hoogwaardige industriële productieketen van wereldwijd opererende chemische concerns. In deze internationale industriële bedrijfstak vertrouwt men op duurzame handelsrelaties, zelfs zonder een regulerende autoriteit.

Ook enkele kwantitatieve studies naar geschilgedrag van ondernemingen tonen aan dat rechtszaken tussen ondernemingen relatief weinig voorkomen. Ondernemingen schrikken terug voor de lange doorlooptijd en hoge advocaatkosten van gerechtelijke procedures. Als het gaat om zaken tussen handelspartners, vrezen zij bovendien de reputatieschade en schade voor de zakelijke relatie, en soms ook voor de aandelenkoers. Arbitrage, of een schikking, zijn aantrekkelijker alternatieven. De meeste buitengerechtelijke procedures kennen een zeer hoge filterwerking: slechts in enkele procenten wordt na het buitengerechtelijk traject nog een juridische procedure gestart.⁵² Ook tijdens een gerechtelijke procedure wordt vaak nog naar een buitengerechtelijke oplossing gezocht. Een belangrijke reden is dat een schikking of arbitrage-uitspraak binnenskamers blijft en men schadevergoedingen het liefst buiten de openbaarheid houdt. Uit het feit dat schadevergoedingen het liefst in de beslotenheid van een schikking tot stand worden gebracht in plaats van in openbare rechtszaken, kunnen we ook afleiden dat ondernemers het niet prettig vinden als er publiciteit wordt gegeven aan schadevergoedingen. Dit gegeven vormt op zich een indicatie voor het feit dat de schadevergoeding een reputatie-effect bij derden heeft.

Concluderend: de *relational theory of contracts* voorspelt dat ondernemers in geval van zakelijk conflict slechts zelden een juridische oplossing zoeken. Oplossingen worden eerder in de relationele sfeer gezocht: 'geven en nemen', en zonodig de relatie beëindigen. Het beperkte Nederlandse onderzoek dat op dit terrein is gedaan, is in lijn met deze theorie. Uit dit onderzoek ontstaat echter ook de indruk dat de reputatie-effecten die optreden voornamelijk tweezijdig zijn. Het onderzoek geeft niet direct aanwijzingen dat het niet nakomen van afspraken ook negatief afstraalt op de relatie met derde partijen. Dat driezij-

51 Jettinghof 2011.

52 Van Erp & Klein Haarhuis 2006. Zie ook Blankenburg 1994.

dige reputatie-effect kan dan ook alleen optreden als informatie over schadevergoedingen wordt verspreid. Dat onderwerp wordt behandeld in de volgende paragraaf.

4 INFORMATIEVERSPREIDING OVER SCHADEVERGOEDINGEN

Een belangrijke voorwaarde voor *driezijdige* reputatie-effecten is dat informatie over schadevergoedingen verspreid wordt in de markt. In deze paragraaf staat de vraag centraal op welke wijze dat gebeurt in het Nederlandse handelsverkeer. Hoe wordt informatie over schadevergoedingen gepubliceerd? De media zijn een eerste voor de hand liggende bron. In de media treffen we veelvuldig berichten aan over schadevergoedingen die worden geëist door particulieren of belangenorganisaties. Over schadevergoedingen tussen ondernemingen onderling treffen we echter slechts zelden berichten aan. Dat gebeurt voornamelijk als deze ondernemingen elkaars concurrent zijn: in intellectueel eigendomszaken bijvoorbeeld spannen ondernemingen veelvuldig procedures aan tegen elkaar. Bekend zijn de rechtszaken tussen Apple en Samsung over het patent op smartphones. *Zakenpartners* echter lossen hun problemen liever in onderling overleg op dan ze in de openbaarheid te brengen. Als het al zover komt dat schadevergoeding wordt gevorderd, geven ondernemers de voorkeur aan een schikking boven een rechtszaak, omdat de schikking achter gesloten deuren blijft. Geheimhouding is vaak zelfs een expliciete voorwaarde van de schikking, op straffe van een boete. Het zal duidelijk zijn dat de informatieverspreiding over schadevergoedingen hierdoor ernstig wordt bemoeilijkt.

Als er in de media wordt bericht over schadeclaims van (voormalige) zakenpartners, is de indruk dat het hier met name zaken betreft die publieke belangstelling trekken. Enkele voorbeelden in de periode van de totstandkoming van deze bijdrage – begin 2013 – zijn de aankondiging van rechtszaken van voetbalclub Feyenoord tegen Players Club, de onderneming die de voetbalkampen voor de Feyenoord jeugdselectie organiseerde en die volgens Feyenoord onvoldoende kwaliteit leverde; de schadevergoeding die de Nederlandse Spoorwegen eist van de producent van de Fyra-treinstellen vanwege de gebrekkige bestandheid tegen winterkou; en de schadevergoeding die wordt geëist door producenten van diepvriesmaaltijden tegen leveranciers die hen in plaats van rundvlees, paardenvlees leverden. Naar aanleiding van deze zaken kan de stelling worden geformuleerd dat het de eisers bij het naar buiten brengen van schadeclaims niet primair te doen is om het toebrengen van reputatieschade aan de tegenstander, maar om een signaal te geven aan de stakeholders (het publiek, reizigers, klanten) dat er opgetreden wordt tegen problemen. Het oogmerk lijkt eerder herstel van het eigen imago, dan het toebrengen van schade aan de reputatie van de tegenstander.

Het burgerlijk recht kent enkele specifieke bepalingen die actieve openbaarmaking van vonnissen mogelijk maken. De meest bekende daarvan is de verplichting tot rectificatie bij onjuiste of misleidende publicaties. Rectificatie wordt vaak toegepast als een materiële schadevergoeding onvoldoende herstel en genoegdoening kan bieden, zoals bij aantasting van iemands goede naam. De grondslag hiervoor is artikel 6:167 BW (rectificatie van onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard). Rectificatie treffen we voornamelijk aan in de sfeer van publiciteit over (bekende) personen. In het handelsverkeer tussen ondernemingen treffen we de rectificatie geregeld aan bij misleidende of onjuiste vergelijkende reclame. De grondslag hiervoor is artikel 6:196 BW. Ook in deze vorm heeft rectificatie eigenlijk geen verband met de publicatie van schadevergoedingen. Het gaat niet om een bestaande handelsrelatie die wordt geschonden, maar om partijen die geen contractpartner van elkaar zijn.

Op grond van artikel 6:103 BW zou ook een actievare vorm van openbaarmaking van de schadevergoeding kunnen worden gevorderd. Dit artikel bepaalt dat de schadevergoeding naast een materiële genoegdoening, ook andere vormen van genoegdoening kan omvatten, zoals een bevel tot rectificatie van een onwaar bericht, een bevel tot doorhaling van een inschrijving in een openbaar register, óf – en daar gaat het hier om – een bevel tot publicatie van het vonnis. Op grond van dit artikel zou het bijvoorbeeld mogelijk zijn om de toebrengr van de schade te verplichten een advertentie te plaatsen waarin hij de veroordeling tot schadevergoeding bekendmaakt. Van dit artikel wordt in de praktijk echter nauwelijks gebruikgemaakt om schadevergoedingen te publiceren.

Dat publicatie van het vonnis zo weinig wordt gevorderd in schadevergoedingszaken, kan wellicht worden verklaard door het feit dat de inzet van het geding primair het verkrijgen van schadevergoeding dan wel herstel is. Alles wat er aanvullend gevorderd wordt, maakt de zaak gecompliceerder en kwetsbaarder. Als er al een juridische procedure wordt gevoerd, zal een onderneming de omvang en complexiteit van het geding trachten te beperken om de succes kans te verhogen en proceskosten te reduceren. Vaak wordt bijvoorbeeld alleen een procedure gestart om de hoogte van de schadevergoeding vast te stellen en worden de overige aspecten in de onderhandelingen buiten de rechtszaal afgehandeld. Voor een betrokken partij is er ook geen direct voordeel te behalen aan de publicatie, behalve misschien een gevoel van genoegdoening.

Als de publicatie van het vonnis al wordt gevorderd, lijkt de rechter terughoudend bij het toekennen van de vordering. In de twee uitspraken die op www.rechtspraak.nl kunnen worden gevonden voor de periode 2010-2012, is de vordering afgewezen. De eerste zaak betreft een geschil tussen de Vereniging van Internationale Arbeidsbemiddelaars VIA en de Internetvakbond.⁵³ De VIA behartigt de belangen van werkgevers van arbeidsmigranten

53 Rb. Arnhem 3 maart 2010, LJN: BL7186; Rb. Arnhem 12 januari 2011, LJN: BP1783.

en voerde cao-onderhandelingen met de Internetvakbond die deze migranten zei te vertegenwoordigen. De Internetvakbond had echter minder leden dan hij had aangegeven, voerde de ledenraadpleging niet correct uit en verbrak de cao-onderhandelingen. Daarop vorderde de VIA een schadevergoeding en publicatie van het vonnis in twee landelijke dagbladen. De rechter kende de schadevergoeding toe, maar stelde tevens dat de hoofdregel in artikel 6:103 BW een financiële schadevergoeding betreft. Omdat de wanprestatie van de Internetvakbond niet bestond uit het verspreiden van informatie in de media en zij niet actief publiciteit heeft gezocht, acht de rechter de publicatie van het vonnis geen passende vorm van schadevergoeding.

In de tweede zaak stond computerspelfabrikant Nintendo tegenover diverse webwinkels die handelden in flashcards en modchips waarmee ongeautoriseerde kopieën van Nintendo-computerspellen gespeeld kunnen worden.⁵⁴ Nintendo vorderde een verbod op de handel in deze producten en vergoeding van de schade, maar ook de publicatie van een mededeling op de websites van de webwinkels, waarin zij zouden moeten aangeven dat zij inbreuk hebben gemaakt op de intellectuele eigendomsrechten van Nintendo. Het verbod en de schadevergoeding werden toegewezen, maar de rechter wees de publicatie af. De webwinkels hadden betoogd dat publicatie de schade niet ongedaan kon maken en slechts kon dienen als schandpaal, en de rechter gaf hen daarin gelijk. Uit deze jurisprudentie kunnen we afleiden dat in de rechtspraak slechts het oogmerk van schadevergoeding wordt gehanteerd en dat de rechter het oogmerk van preventie door reputatie-informatie niet lijkt te onderkennen.

Een kenmerk van markten waarin effectieve regulering door reputatie-informatie plaatsvindt, is dat intermediaire organisaties verantwoordelijk zijn voor de verspreiding van reputatie-informatie.⁵⁵ In de katoenhandel en in de diamanthandel, die eerder in deze bijdrage aan de orde kwamen, is dit een buitengerechtelijke geschilbeslechtende autoriteit. Uit het vorenstaande wordt duidelijk dat de Nederlandse rechtspraak deze functie in zeer beperkte mate vervult. Noch op initiatief van ondernemingen zelf, noch door tussenkomst van de rechter zullen schadevergoedingen tussen ondernemingen onderling snel openbaar worden gemaakt.

De markt organiseert wel alternatieven. In online handelsmarkten organiseert de markt(plaats) reputatiesystemen, zoals bij online veilingen zoals eBay en Marktplaats.⁵⁶ Ook kennen we diverse voorbeelden waarin branche-organisaties als informatiemakelaar optreden door een openbaar of besloten register bij te houden. Voorbeelden daarvan kennen we in diverse branches, zoals in de detailhandel, de uitzendbranche, de horeca, de

⁵⁴ Rb. Den Haag 21 juli 2010, LJN: BN1963.

⁵⁵ Zie Van Erp & Brandsen 2006.

⁵⁶ McLeod 2007.

luchtvaart en de uitzendbranche, waar de branche-organisatie of het bedrijfschap een register beheert van frauderende werknemers of uitzendkrachten, niet-betalende klanten of agressieve passagiers.

In gevallen waarin de markt niet voorziet in handhaving en het maatschappelijk belang groot is, kan de overheid een regulerende taak op zich nemen. In dit verband is de ontwikkeling van belang die zich de laatste jaren heeft voltrokken in het consumentenrecht. In de handhaving van het consumentenrecht werd het privaatrecht als ontoereikend beschouwd om de belangen van consumenten voldoende te waarborgen. Niet alleen was het voor individuele consumenten onaantrekkelijk (in termen van tijd en kosten) om in een juridische procedure schadevergoeding te eisen, de civiele schadevergoedingsprocedure was ook onvoldoende preventief. De afschrikwekkende werking van het betalen van een schadevergoeding was beperkt, juist omdat dit weinig negatieve publiciteit en reputatieschade opleverde. Daarom is de Consumentenautoriteit opgericht, die de mogelijkheid kreeg een bestuurlijke boete op te leggen in combinatie met de plicht tot openbaarmaking van deze boete.⁵⁷ Juist dit laatste zorgt voor een sterk effect; een recente evaluatie⁵⁸ wees uit dat de bestuurlijke boete in de ervaring van betrokken ondernemingen, consumentenorganisaties en experts, meer negatieve publiciteit en reputatieschade met zich meebrengt en daaraan een sterkere afschrikwekkende werking ontleent.

Dit geldt echter voor consumenten. Hoewel de positie van kleine ondernemingen misschien niet eens zoveel afwijkt van die van consumenten, ligt het niet voor de hand de betrekkingen tussen ondernemingen onderling publiekrechtelijk te reguleren. Daarmee ontbreekt het aan openbare informatie over de reputatie van ondernemingen ten aanzien van het naleven van contractbepalingen en kan de meest effectieve vorm van preventie, die van de reputatieschade, niet worden gerealiseerd. Van *naming and shaming* in het contractrecht is geen sprake.

5 CONCLUSIE

Van strafrechtelijke sancties nemen we als vanzelfsprekend aan dat ze, naast het doel van bestraffing, ook generale preventie bewerkstelligen. Een boete die wordt opgelegd aan een overtreder zal ook anderen afschrikken van het plegen van een dergelijke overtreding. In het privaatrecht is preventie veel minder vanzelfsprekend. Schadevergoedingen, het belangrijkste financiële instrument in het privaatrecht, hebben als belangrijkste functie compensatie van de geleden schade. Toch wordt de schadevergoeding door de meeste auteurs wel een zeker preventief effect toegedicht. De afschrikwekkende werking van de

⁵⁷ Inmiddels is de Consumentenautoriteit opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt.

⁵⁸ Van Mil, Dijkzeul, Van Erp, Dunning & Janszen 2011.

schadevergoeding zou echter onvoldoende zijn om in effectieve preventie te kunnen voorzien. Dit leidt tot pleidooien voor een verbetering van de preventieve werking door een verhoging van de toegekende bedragen.

In deze bijdrage is getracht empirisch inzicht te krijgen in de preventieve werking van de schadevergoeding. Geïnspireerd door de ontwikkeling in het denken over generale preventie in het strafrecht, is daarbij niet alleen gekeken naar de financiële kant van de schadevergoeding. Uit het onderzoek naar generale preventie in het strafrecht is duidelijk geworden dat sancties naast financiële kosten, ook reputatieschade veroorzaken. De dreiging van negatieve publiciteit als gevolg van een boete vormt een veel sterkere prikkel tot naleving dan de boete zelf. Vertaald naar het privaatrecht leidt dit tot de vraag of schadevergoedingen naast directe financiële kosten ook reputatieschade met zich meebrengen. Reputatieschade zou de preventieve werking van de schadevergoeding kunnen versterken, mits er in de betreffende markt een informatiecircuit bestaat waarbinnen reputatie-informatie effectief wordt verspreid. Daarom is in deze bijdrage onderzocht op welke wijze informatie over schadevergoedingen wordt verspreid onder ondernemers.

Op basis van sociaalwetenschappelijk onderzoek naar handelsbetrekkingen door ondernemingen kunnen we concluderen dat de schadevergoeding meer kosten met zich brengt dan alleen de financiële kosten van de te vergoeden schade. Schadevergoedingen hebben ook negatieve effecten voor de reputatie van de onderneming. Naast de directe kosten van de schadevergoeding, heb ik daarom in deze bijdrage twee reputatie-effecten beschreven. Allereerst het tweezijdige reputatie-effect, dat bestaat uit de kosten van misgelopen toekomstige opdrachten met de directe handelspartij. Daarnaast onderscheid ik het driezijdige reputatie-effect van gemiste toekomstige opdrachten van derden. Dit laatste effect is het meest krachtig, maar komt alleen tot stand als derde partijen op de hoogte raken van de veroorzaakte schade. Markten waarin een krachtig systeem van reputatiesancties functioneert, kennen een effectief stelsel voor verspreiding van reputatie-informatie. De beste condities hiervoor treffen we aan in kleine, gesloten en homogene markten, die een informatiecircuit kennen waarbinnen reputatie-informatie actief wordt uitgewisseld. Dit informatiecircuit kent zowel officiële kanalen als meer informele kanalen die voortkomen uit de vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties. Recente casestudies tonen echter aan dat ook in open, mondiale high tech handelsmarkten, reputatie een sterk regulerende rol kan spelen.

Hoe is het gesteld met de preventieve werking van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht? De basis daarvoor is aanwezig: ondernemers vrezen negatieve publiciteit in het kader van schadevergoeding. Schadevergoeding heeft dus een reputatie-effect. Maar waar het vaak aan schort is een effectieve verspreiding van informatie over schadevergoedingen. Het

privaatrecht kent diverse bepalingen op grond waarvan publicatie van rechterlijke uitspraken kan worden gevorderd. Daarvan is artikel 6:103 BW direct gerelateerd aan de schadevergoeding. Een frequentere toepassing van dit wetsartikel zou kunnen bijdragen aan een toename van publiciteit over schadevergoedingen. Een beperking van dit wetsartikel is echter dat de toepassing ervan afhankelijk is van de bereidheid van de benadeelde partijen om publicatie van het vonnis te vorderen. Voor individuele ondernemingen is het voornamelijk van belang dat ze hun schade vergoed krijgen en zonder langdurige en kostbare procedures hun commerciële activiteiten kunnen voortzetten.⁵⁹ Het ligt daarom niet voor de hand dat partijen op eigen initiatief de procedure verder compliceren door naast de schadevergoeding ook nog publicatie van het vonnis te eisen. De baten daarvan komen immers niet aan henzelf ten goede, maar aan de derden die hierop actie moeten ondernemen. Alleen als de benadeelde zelf in zijn reputatie is geschaad, zoals bij schending van het merkenrecht, of bij misleidende of onjuiste publicaties, heeft de benadeelde er belang bij om rectificatie of publicatie van het vonnis te vorderen.

Het ligt, kortom, meer voor de hand dat de publicatie van schadevergoedingen op collectief niveau in een branche gestalte krijgt dan dat dit via individuele juridische procedures wordt gerealiseerd. Natuurlijk moet er wel draagvlak aanwezig zijn voor een dergelijke vorm van *naming and shaming*, maar uiteindelijk hebben alle partijen in de branche baat bij een effectieve regulering van hun contractuele afspraken.

LITERATUUR

Badawi 2010

A. Badawi, 'Relational governance and contract damages: Evidence from franchising', *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 7, issue 4, December 2010, p. 743-785.

Barendrecht & Kamminga 2004

M. Barendrecht & P. Kamminga, 'Toegang tot recht: de lasten van een uitweg', bijlage bij RMO-advies 32, *Toegang tot recht*, Tilburg, augustus 2004.

Bernstein 2001

L. Bernstein, 'Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions', *Michigan Law Review*, jrg. 99, nr. 7, 2001, p. 1724-1790.

⁵⁹ De Hoon 2005, p. 124.

Blankenburg 1994

E. Blankenburg, 'The infrastructure for avoiding civil litigation: comparing cultures of legal behavior in the Netherlands and West Germany', *Law & Society Review*, vol. 28, nr. 4, 1994, p. 789-808.

Van Boom 2006

W. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Braithwaite 1989

J. Braithwaite, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge: Cambridge University Press 1989.

Van de Bunt 1992

H.G. van de Bunt, *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Charny 1990

D. Charny, 'Nonlegal sanctions in commercial relationships', *Harvard Law Review*, vol. 104, 1990, p. 373-467.

Van Dam 2001

M. van Dam, *Verkeersongevallen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001.

Deephouse 2000

D. Deephouse, 'Media reputation as a strategic resource: an integration of mass communication and resource-based theories', *Journal of Management*, vol. 26, nr. 6, 2000, p. 1091-1112.

Dietz 2012

T. Dietz, 'Contract law, relational contracts, and reputational networks in international trade: an empirical investigation into cross-border contracts in the software industry', *Law & Social Inquiry*, vol. 37, nr. 1-2, winter 2012, p. 25-57.

Van Dunné 2001

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Ellickson 1991

R.C. Ellickson, *Order without law, How neighbors settle disputes*, Cambridge: Harvard University Press 1991.

Van Erp 2011

J. van Erp, 'Naming and shaming', in: C. Parker & V. Lehman Nielsen (eds.), *Explaining Compliance*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 322-342.

Van Erp & Brandsen 2006

J.G. van Erp & T. Brandsen, 'Maatschappelijke controle als reguleringsmechanisme, Groene stroom zonder wettelijke dwang?', in: B. Dorbeck-Jung & M. Oude Vrielink-van Heffen (eds.), *Op weg naar bruikbare regulering, themanummer Recht der Werkelijkheid*, 2006, p. 97-116.

Van Erp & Klein Haarhuis 2006

Erp, J.G. van & C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures, een verkennend onderzoek*, WODC cahier 2006-06.

Faure 2001

M. Faure, 'A selection of empirical socio-economic research with respect to the functioning of legal rules and institutions in Belgium and the Netherlands', in: *European Journal of Law and Economics*, 11:3, 2001, p. 207-248.

Faure & Escresa 2011

M.S. Faure & L. Escresa, 'Social Stigma', in: F. Parisi (ed.), *Production of Legal Rules*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 205-227.

Fombrun & Shanley 1990

C. Fombrun & M. Shanley, 'What's in a name? Reputation building and corporate strategy', *Academy of Management Journal*, vol. 33, nr. 2, 1990, p. 233-285.

Griffiths 1996

J. Griffiths, 'Inleiding bij het werk van Macaulay', in: *De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

Gunningham, Kagan & Thornton

N. Gunningham, R.A. Kagan & D. Thornton, 'General deterrence and corporate environmental behavior', *Law and Policy*, vol. 27, nr. 2, 2005, p. 262-288.

Hertogh 2005

M. Hertogh, 'Van naleving naar beleving van regels. Bouwwereld en Bouwfraude vanuit een rechtssociologisch perspectief', in: T. Barkhuysen, W. den Oudsten & J. Polak (eds.),

Recht realiseren, Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels, Deventer: Kluwer 2005, p. 51-68.

De Hoon 2005

M. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Jettinghof 2001

A. Jettinghof, *Het komt zelden voor: Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven* (diss. Maastricht), 2001.

Jettinghof 2011

A. Jettinghof, 'Wanneer en hoe procederen bedrijven?', in: M. Hertogh & H. Weyers (eds.), *Het Recht van Onderop, Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Johnston 2001

J.S. Johnston, 'Should the law ignore commercial norms? A comment on the Bernstein conjecture and its relevance for contract law theory and reform', in: *Michigan Law Review*, Vol. 99, N.r 7, 2001, p. 1791-1810.

Kagan, Gunningham & Thornton 2011

R. Kagan, N. Gunningham & D. Thornton, 'Fear, duty and regulatory compliance: lessons from three research projects', in: C. Parker & V. Lehman Nielsen (eds.), *Explaining compliance*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 37-58.

Kagan & Scholz 1984

Kagan, R.A. & J.T. Scholz, 'The 'Criminology of the corporation' and regulatory enforcement strategies', in: K. Hawkins & J.M. Thomas (eds.), *Enforcing regulation*, Boston: Kluwer 1984, p. 67-95.

Kamann, Snijders, Tazelaar & Welling 2006

D.F. Kamann, C. Snijders, F. Tazelaar & D. Welling, 'The ties that bind: buyer-supplier relations in the construction industry', *Journal of purchasing and supply management*, 12, 2006, p. 28-38.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005.

Lanier & Henry 2004

M.M. Lanier & S. Henry, *Essential criminology*, Boulder: Westview Press 2004.

Lee & Ermann 2002

M.T. Lee & M.D. Ermann, 'Pinto madness, flaws in the generally accepted landmark narrative', in: M.D. Ermann & R.J. Lundmann (eds.), *Corporate and governmental deviance, problems of organizational behavior in contemporary society*, New York 2002, p. 277-305.

Lin & Whitford 2013

L. Lin & J. Whitford, 'Conflict and Collaboration in Business Organization: A Preliminary Study', in: J. Braucher, J. Kidwell & W. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay, On the Empirical and the Lyrical*, Hart Publishing, 2013, p. 191-222.

Lindenbergh 1998

S. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998.

Macaulay 1963

S. Macaulay, 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', in: *American Sociological Review*, 28, 1963, p. 55-67.

Macaulay 2003

S. Macaulay, 'The real and paper deal: Empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules', *The Modern Law Review*, jrg. 66, nr. 1, 2003, p. 44-79.

May 2004

P. May, 'Compliance motivations, affirmative and negative Bases', in: *Law & Society Review*, vol. 38, nr. 1, 2004, p. 41-65.

McLeod 2007

W.B. McLeod, 'Reputations, relationships and contract enforcement', *Journal of Economic Literature*, september 2007, p. 595-628.

Van Mil, Dijkzeul, Van Erp, Dunning & Janszen 2011

B. van Mil, A. Dijkzeul, J. van Erp, B. Dunning & P. Janszen, *Evaluatie consumentenautoriteit op grond van de Whc*, juli 2011.

Misztal 1996

B.A. Misztal, *Trust in modern societies: the search for the bases of social order*, Cambridge: Polity Press 1996.

Nagin 1998

D.S. Nagin, 'Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century', *Crime and Justice*, nr. 23, 1998, p. 1-42.

Posner 2000

E. Posner, *Law and social norms*, Cambridge: Harvard University Press 2000.

Richman 2006

B.D. Richman, 'How community institutions create economic advantage: Jewish diamond merchants in New York', *Law & Social Inquiry*, vol. 31, nr. 2, spring 2006, p. 383-420.

Rooks 2002

G. Rooks, *Contract en conflict, strategisch management van inkooptransacties* (diss. UU), Utrecht 2002.

Simpsons 2002

S.S. Simpson, *Corporate crime, law, and social control*, New York: Cambridge University Press 2002.

Spier 2003

J. Spier, 'Doel en functie van het aansprakelijkheidsrecht', in: J. Spier, T. Hartlief, G. van Maanen & R. Vriesendorp (eds.), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Kluwer: Deventer 2003.

Stern 2012

J. Stern, 'Regulation and contracts', *Regulation & Governance*, 2012-6, p. 474-498.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Visscher 2005

L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. EUR), Rotterdam 2005.

J.G. VAN ERP

Van Wingerde 2012

K. van Wingerde, *De afschrikking voorbij* (diss. EUR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

13 DE BESCHULDIGINGSVALKUIL IN¹

CONTRACTUELE SAMENWERKINGSVORMEN

Valt er aan te ontkomen?

M.W. de Hoon

SAMENVATTING

Het doel van dit hoofdstuk is te analyseren of het contractenrecht aanpassing behoeft met het oog op het attributiegedrag van mensen. Ik maak hierbij gebruik van inzichten uit de sociale psychologie. Het vellen van morele oordelen ligt dichtbij een activiteit die we automatisch verrichten: het conceptualiseren van gebeurtenissen in oorzaken en gevolgen. Het blijkt dat mensen automatisch aan zelfrechtvaardiging doen. Onbewust verklaren we gedrag en keuzes op een manier die voor ons prettig is. Deze inzichten werpen de vraag op of ons contractenrecht niet te veel uitgaat van een rationeel denkende mens. Er zitten haken en ogen aan deze interdisciplinaire exercitie, maar de uitkomsten kunnen wel betekenen dat een aantal privaatrechtelijke regels beter op het gedrag van mensen afgestemd kan worden. Mogelijke denkrichtingen zijn: contracten als instrumenten om relaties te managen, een goede exitroute, het vermijden van onnodig polariserende juridische instrumenten, andere verdelingsmaatstaven en meer aandacht voor de sociale factoren die een rol spelen bij het ontstaan van het conflict.

1 INLEIDING

‘Er zijn fouten gemaakt (maar niet door mij).’ Met deze veelzeggende titel houden de Amerikaanse psychologen Carol Tavis en Elliot Aronson ons een confronterende spiegel voor.² Tavis en Aronson maken, aan de hand van wetenschappelijk onderzoek, inzichtelijk hoe zelfrechtvaardiging werkt. We hebben de neiging ons gedrag te verdedigen en te rechtvaardigen en de verantwoordelijkheid voor slechte beslissingen af te schuiven. Dit doen we niet bewust: het is een menselijke neiging waar, volgens Tavis en Aronson, niet

1 Dit hoofdstuk is een herziene versie van ‘Schuld in het contractenrecht: Een exercitie naar een verbeterde samenhang tussen regels en gedrag’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht: Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, 2008, p. 131-151.

2 Tavis & Aronson 2011. Zie voor de niet vertaalde versie Tavis & Aronson 2007.

(of slechts met moeite) aan te ontkomen valt. Onbewust verklaren we gedrag en keuzes op een manier die voor onszelf prettig is.³ Ons geheugen werkt kennelijk zo dat we alleen dingen onthouden die voor ons ego in een gunstige richting wijzen. Van wat werkelijk gebeurd is, onthouden we een versie die wordt vervormd op een manier dat we prettig in de spiegel kunnen kijken.

Het gaat hier om de attributietheorie, een bekende theorie uit de sociale psychologie, die (in de meest brede betekenis) beschrijft hoe mensen oorzaken toeschrijven aan gebeurtenissen of gedragingen. De betekenis van deze theorie voor het recht is al eerder besproken, bijvoorbeeld als het gaat om causaliteitstoerekening in het aansprakelijkheidsrecht.⁴ Wat, voor zover mij bekend, nog niet beschreven is, is de betekenis van deze theorie voor het contractenrecht en de inrichting van contracten. Bij het maken van een vertaalslag van kennis uit de ene wetenschap naar de andere kan een hoop misgaan. Voorzichtigheid is dus op haar plaats. Tegelijkertijd is het moeilijk voor te stellen dat het contractenrecht (dat gaat over samenwerkingsvormen tussen mensen) niets zou kunnen leren van deze inzichten uit de sociale psychologie.

Neem het echtscheidingsrecht. Al enige tijd kan in Nederland een echtscheiding uitgesproken worden als sprake is van een duurzame ontwrichting van een huwelijk. De schuldvraag is daarmee niet volledig onbelangrijk geworden, maar wel naar de achtergrond gebracht.⁵ Het oude systeem was te zeer gericht op het aanwijzen van een schuldige, terwijl in veruit de meeste gevallen beide echtgenoten een aandeel hebben in het stuklopen van de relatie. Daarnaast zijn beide echtgenoten (en het meest de betrokken kinderen) gebaat bij een afwikkeling zonder al te veel moddergooien. Een soortgelijke ontwikkeling heeft zich niet voorgedaan in contractenrecht. En zo kan het gebeuren dat samenwerkingspartners na een lange en intensieve samenwerking verzanden in een langdurig en kostbaar conflict.⁶ In plaats van oog te hebben voor een toekomstgerichte oplossing van de problemen, buiten de contractanten over elkaar heen met beschuldigingen en verwijten.

‘Hoort er nu eenmaal bij’, zo zou je kunnen denken. Of: ‘iets voor psychologen en mediators, niet voor juristen’. Maar als je uitgaat van de gedachte dat het sluiten van een contract geen doel op zich is, maar veel meer een instrument dat dient ter ondersteuning van het doel dat partijen voor ogen hadden toen ze ervoor kozen de samenwerking aan te

3 De neiging tot zelfrechtvaardiging wordt in de sociale psychologie ook wel aangeduid als cognitieve dissonantie, zie hiervoor Festinger 1957. Nadien zijn er andere publicaties verschenen over cognitieve dissonantie, zie voor een bespreking van de meest toonaangevende experimenten Tavis & Aronson 2011, hoofdstuk 2.

4 Zie hiervoor de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

5 Zie voor een kritisch betoog over het criterium duurzame ontwrichting het artikel van Pel (Pel 1999, p. 639 e.v.). Volgens Pel kan het criterium beter van het toneel verdwijnen, omdat het alleen maar afleidt van waar het werkelijk om gaat: het regelen van de gevolgen van de echtscheiding. In internationaal verband (*Principles on Divorce* van de *Commission on European Family Law*) is schuldloze echtscheidingsgrond een belangrijk thema, zie hierover Antokolskaia 2006.

6 Zie eerder (en uitvoeriger) De Hoon 2005.

gaan, is er meer aan de hand. De meeste contracten (en het contractenrecht) gaan namelijk uit van de veronderstelling dat mensen rationeel denkende wezens zijn, die gedrag van zichzelf en anderen objectief kunnen verklaren in termen van oorzaken en gevolgen. Het lijkt erop alsof deze gedragspresumptie niet juist is. Dit hoofdstuk heeft als doel te analyseren of het contractenrecht aanpassing behoeft met het oog op het attributiegedrag van mensen. Ik focus me hierbij in het bijzonder op het proces van beschuldigen.

Het vellen van morele oordelen is een betrekkelijk afgebakend gebied binnen de bredere attributieleer.⁷ Het toerekenen van een bepaald gevolg aan een oorzaak kan immers ook zonder een moreel oordeel te vellen, wat dat betreft is er geen verschil tussen het juridische begrip toerekening en dit begrip zoals het gebruikt wordt in de sociale psychologie. Het gaat in dit hoofdstuk om de stap waarin dat morele oordeel wél geveld wordt.⁸ Ik vang aan met een kort overzicht van de belangrijkste contractuele regels over schuld (par. 2). Daarna volgt een beknopte weergave van inzichten uit de sociale psychologie over schuld (par. 3). In paragraaf 4 stel ik de beschuldigingsvalkuil aan de orde, waarna ik in paragraaf 5 inga op de vraag of regels en gedrag beter op elkaar afgestemd kunnen worden. In paragraaf 6 sluit ik af met een samenvatting van de belangrijkste uitkomsten.

2 SCHULD IN HET CONTRACTENRECHT

De meest belangrijke ‘schuld’-bepalingen in het algemene contractenrecht zijn de artikelen 6:74 en 6:75 BW. Iedere tekortkoming in de nakoming verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij zij niet is te wijten aan schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of de verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Daarmee zijn niet alle tekortkomingssituaties onder de schuldnoemer te brengen, maar de meeste wel. De artikelen. 6:81 tot en met 6:83 BW geven aan wanneer de schuldvraag begint te spelen. De belangrijkste regel in deze bepalingen is die van de ingebrekestelling. Als de schuldenaar na een schriftelijke aanmaning tot nakoming alsnog niet nakomt, treedt verzuim in. Verzuim is de juridische toestand die nodig is om schadevergoeding te vorderen op basis van artikel 6:74 BW, tenzij de nakoming blijvend onmogelijk is.

Bij ontbinding van wederkerige overeenkomsten, heeft schuld – strikt juridisch genomen – een minder prominente plaats. Ontbinding op grond van artikel 6:265 BW is mogelijk bij een tekortkoming in de nakoming, maar toerekenbaarheid is niet vereist. In de praktijk ligt de schuldvraag ook bij ontbinding op de loer, niet alleen omdat een vorde-

7 Zie voor een overzicht Aliche 2000, p. 556. Hoewel de begrippen *blame*, *responsibility* en *attribution* niet altijd even goed te onderscheiden zijn, lijkt *blame* een species te zijn van *attribution*, althans dat is het in Shaver's model, een vaak geciteerd model over causale attributie (Shaver 1985). Meer hierover volgt in par. 3.1.

8 Zie voor de fase daarvoor (de attributiefase) de bijdrage van Giesen in deze bundel.

ring tot ontbinding vaak samengaat met een vordering tot schadevergoeding, maar ook omdat het lastig is een discussie te voeren over de vraag of er wel of geen sprake is van een tekortkoming in de nakoming, zonder *te ervaren* dat tevens een moreel oordeel geveld wordt. De ingebrekestelling is ook hier vereist, voor zover de nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is (artikel 6:265 lid 2 BW).

‘Schuld’ is ook een belangrijk thema in het arbeidsrecht. Uiteraard bij de eenzijdige beëindiging, waar schuld de factor C in de kantonrechttersformule bepaalt, maar ook bij schade ontstaan door of bij de werknemer tijdens de uitoefening van werkzaamheden. Daarnaast is er een tweetal algemene schadevergoedingsbepalingen die ook in een contractuele relatie voor een schulddiscussie kunnen zorgen. In de eerste plaats is dat artikel 6:98 BW. Bij de invulling van de open maatstaf van toerekening is onder meer de aard van de aansprakelijkheid van belang. In het algemeen geldt: hoe hoger de schuldgraad, hoe ruimer de toerekening. Nu geldt dit in het bijzonder voor buitencontractuele situaties waarbij sprake is van schending van verkeers- en veiligheidsnormen, maar ook binnen contractuele relaties zal de mate van schuld van belang zijn voor de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt en welke niet. Iets vergelijkbaars geldt voor artikel 6:101 BW, de bepaling voor eigen schuld.

Dan het leerstuk opzegging. Het is echter niet altijd duidelijk wat de plaats is van schuld in dit leerstuk. Intuïtief zullen velen geneigd zijn te oordelen dat opzegging een neutrale (dat wil zeggen een schuldloze) vorm van beëindigen is, maar een nadere beschouwing van wet en praktijk leert anders. De wet verwijst naar opzegging wegens dringende redenen, waarmee de schuldvraag – niet per se, maar vaak wel – zijn intrede doet. Als wet en contract zwijgen, zijn partijen overgeleverd aan redelijkheid en billijkheid. Alle ruimte voor een volledig neutrale beëindiging dus, maar ook hier lijkt het alsof partijen zich veiliger voelen aansluiting te zoeken bij wat de ander te verwijten valt. Want in ieder geval is het gevoel in de praktijk vaak dat de mate van schuld een grote kans heeft om invloed te hebben op de uitkomst van de juridische beoordeling.

Nog altijd illustratief is de inmiddels klassiek ten noemen zaak Latour/De Bruijn.⁹ Na een samenwerking van honderd jaar zegt leverancier Latour de samenwerking met De Bruijn op. In tweede aanleg toetste het Hof de – dan overleefd gebleven – twee, door Latour aangevoerde redenen voor opzegging op zwaarwichtigheid. De eerste reden kwam er kort gezegd op neer dat De Bruijn zich niet hield aan de prijsafspraken, de tweede – vrij vertaald – was de niet erg constructieve houding van De Bruijn tijdens besprekingen over veranderingen. Geen van de gronden kon de toets doorstaan; de eerste wegens gebrek aan bewijs, de tweede was volgens het hof geen zwaarwegende reden voor de opzegging.

In cassatie speelde vervolgens de meer principiële vraag of voor de opzegging van een commerciële duurovereenkomst überhaupt een grond nodig is; een vraag waar de Hoge

9 HR 3 december 1999, NJ 2000/120 (*Latour/De Bruijn*).

Raad zich zo'n twaalf jaar later nog eens over uitliet.¹⁰ Het antwoord op deze vraag is voor nu even minder relevant. Relevanter is de vraag waarom Latour ervoor koos de samenwerking op te zeggen wegens verwijtbare misdragingen aan de zijde van De Bruijn. Afzetmarkten veranderen in een verloop van meer dan honderd jaren, het zal weinig moeite kosten anderen daarvan te overtuigen. Dat geldt ook voor het feit dat in een samenwerking soms wat zaken gaan 'schuren'. Dat neemt niet weg dat een bedrijfseconomische reden ook een hele goede reden kan zijn om een samenwerking op te zeggen. Waarom dan toch de schuldroute gekozen? Daar zijn ongetwijfeld procestechnische redenen voor en misschien nog andere redenen die niet door lezing van het arrest achterhaald kunnen worden. Toch is het opmerkelijk dat deze zaak (waar het ging om een samenwerking van meer dan honderd jaren) gedomineerd werd door de vraag wie welke afspraak uit het verleden niet nagekomen was.

3 SCHULD IN DE SOCIALE PSYCHOLOGIE

3.1 *Attributie, cognitieve dissonantie en 'blame'*

Binnen de (sociale) psychologie is onderzoek verricht naar schuld. Schuld is een onderdeel van attributietheorie; een theorie die (in de meest brede betekenis) beschrijft hoe mensen oorzaken toeschrijven aan gebeurtenissen of gedragingen.¹¹ Mensen attribueren op een wijze die prettig is voor het eigen zelfbeeld: successen worden toegeschreven aan interne factoren (kwaliteiten en vaardigheden), terwijl mislukkingen worden toegeschreven aan externe factoren (het slechte weer, het gedrag van anderen, enz.). Attribueren wordt om die reden ook wel omschreven als het gebruik van uitvluchten om een handelwijze te rechtvaardigen.

Het zoeken van uitvluchten om eigen handelen en keuzes te rechtvaardigen kan worden verklaard door een spanning die optreedt door twee cognities (bijv. emoties, gedachten, gedragingen) die worden waargenomen en die onverenigbaar zijn. Volgens de theorie van de cognitieve dissonantie voelen mensen een sterke drang om dissonanties te verkleinen door hun opvattingen of gedrag aan te passen of te rationaliseren.¹² Ook hier speelt het behoud van het eigen positieve zelfbeeld vaak een cruciale rol. Vaak bestaat de dissonantie uit het positieve zelfbeeld ('ik ben een intelligent mens') en een keuze die achteraf gezien ongunstig uitpakt ('ik heb mijn huis en al mijn bezittingen weggeven omdat ik een profeet geloofde die het einde van de wereld voorspelde'). Slechte beslissingen of kwetsend gedrag

10 HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*).

11 Heider wordt beschouwd als een belangrijke grondlegger van de attributietheorie, zie Heider 1958. Zie voor meer verwijzingen de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

12 Festinger 1957.

worden gerechtvaardigd door gedachten als: ‘ik kon niet anders’, ‘iedereen doet het’, ‘ik heb gedaan wat het beste was voor mijn werknemers’, enz.). Hiermee bagatelliseren we onze eigen fouten en slechte beslissingen, *als we ze al waarnemen*.

In het verlengde hiervan ligt het onderzoek naar schuld. Veel onderzoek naar ‘de psychologie van schuld’ is ‘toegepaste literatuur’ en heeft betrekking op daders en slachtoffers van ernstige strafrechtelijke delicten: waarom bijvoorbeeld sommige daders meer schuld lijken te hebben dan anderen, terwijl daar geen goede rationele verklaring voor is, hoe de buitenwereld tegen slachtoffers aankijkt, welke psychologische valkuilen er zijn bij een daderidentificatie door ooggetuigen en welke rol factoren als uiterlijk, karakter en achtergrond hebben bij daders, slachtoffers en *observers*.¹³ Maar er is ook literatuur over het proces van beschuldigen in het algemeen.¹⁴ Wat gebeurt er als mensen een moreel oordeel vormen over goed of slecht? Welke motieven hebben mensen voor het vellen van een moreel oordeel? Welke denkfouten maken mensen? Wat doet het met mensen als ze geconfronteerd worden met een beschuldiging? Ik geef de hoofdlijnen weer.

3.2 *Het proces van beschuldigen: intuïtie*

Shaver deed onderzoek naar het proces van beschuldigen. Hij onderscheidt drie vragen die mensen stellen als ze geconfronteerd worden met een vervelende gebeurtenis: 1) *What is the cause?* 2) *Who is responsible?* en 3) *Who is to blame?*¹⁵ Het vellen van een moreel oordeel over goed of slecht gedrag vindt plaats bij beantwoording van de laatste vraag. Wat gebeurt er als mensen een moreel oordeel (bijvoorbeeld over goed of slecht gedrag) vellen? In de sociale psychologie bestaat een aantal modellen die dit proces weergeven.¹⁶ Een veelgenoemd model is een model waarbij intuïtie gecombineerd wordt met ratio, maar dat laatste vooral om het intuïtieve oordeel te bevestigen.¹⁷

Een moreel oordeel is het resultaat van een evaluatie van het gedrag of het karakter van een ander. Die evaluatie vindt plaats tegen een achtergrond van normen en waarden die in een bepaalde (sub)cultuur door de meeste mensen geaccepteerd worden.¹⁸ Naar het blijkt moeten we ons van die evaluatie niet al te veel voorstellen. Het is in ieder geval geen

13 Een goed beeld van de verschillende onderzoeken op deze (met name strafrechtelijke) terreinen geeft Rassin (Rassin 2005). Zie verder het overzicht van Alicke (Alicke 2000, p. 556).

14 Zie hiervoor Haidt 2001, Alicke 2000, Solan 2003, Shaver 1985 en Van Koppen & Hessing 2002.

15 Shaver 1985, p. 10.

16 Zie voor een overzicht Haidt 2001, p. 814-816.

17 Deze theorie wordt wel aangeduid als de *Dual Process Theory*. Zie over deze theorie in het bijzonder de werken van Haidt 2001, Solan 2003 en Shweder & Haidt 1993. Een ander geluid komt onder meer van Kohlberg (Kohlberg 1969). Kohlberg concludeert op basis van testen dat mensen door middel van *role-taking* als een soort rechter argumenten wegen over onderwerpen als rechtvaardigheid en verwerpelijk of juist wenselijk gedrag. Zie voor meer verwijzingen naar verschillende theorieën Haidt 2001 en Pizarro & Bloom 2003.

18 Zie hiervoor Shaver 1985, p. 72-74.

objectieve afweging van argumenten. Volgens Haidt en Solan worden morele oordelen doorgaans op basis van intuïtie gevormd, niet op basis van ratio en een objectieve afweging van argumenten.¹⁹ Die intuïtie komt voort uit het gegeven dat we geneigd zijn de wereld te conceptualiseren in gebeurtenissen, en gebeurtenissen conceptualiseren we op hun beurt in termen van oorzaak en gevolg.²⁰ We doen dit omdat het ons wat oplevert. Het maakt de dingen namelijk begrijpelijk en controleerbaar, iets waar veel mensen behoefte aan hebben.²¹ Op zichzelf een nuttig proces dus en morele oordelen (goed of slecht) *hoeven* er niet aan te pas te komen. Maar meestal gaat een oorzaak-gevolggedachte wel gepaard met een morele afweging over goed of slecht.

Een verklaring is dat de stap van de oorzaak-gevolggedachte naar een moreel oordeel niet erg groot is. Een moreel oordeel bestaat, volgens de sociaalpsychologen, slechts uit drie ingrediënten: 1) de oorzaak-gevolggedachte, 2) een slechte/ongewenste uitkomst en 3) een *state of mind*.²² Kort gezegd komt het erop neer dat de confrontatie met een ongewenste situatie die mede is veroorzaakt door het gedrag van een ander, terwijl die ander beter had moeten weten, voldoende is om een beschuldiging te uiten. Door onze natuurlijke neiging de dingen te structureren in oorzaken en gevolgen, is de confrontatie met een ongewenste situatie alleen al een 'trigger' voor schuld. Het enige wat nog ontbreekt, is de veronderstelling dat iemand beter had moeten weten (een *culpable mind*). Zoals hiervoor omschreven zijn we, wat dit laatste betreft, snel geneigd ons eigen gedrag te rechtvaardigen. Als het aankomt op teleurstellingen of niet uitgekomen verwachtingen ligt het, kortom, niet aan ons, maar aan die ander.

3.3 *Het proces van beschuldigen: post hoc reasoning*

De volgende stap is dat het intuïtieve oordeel wordt gerechtvaardigd door een redenering achteraf. *Post hoc reasoning* wordt dat genoemd.²³ Het beredeneren van een negatief oordeel over iemand heeft volgens Haidt meer weg van een advocaat die een cliënt verdedigt, dan van een rechter die op zoek is naar de waarheid. Het intuïtieve oordeel is in dit geval de cliënt die verdedigd moet worden. Argumenten en interpretaties van feiten die het intuïtieve

19 'Rather than following the ancient Greek in worshipping reason, we should instead look for the roots of human intelligence, rationality and virtue in what the mind does best: perception, intuition, and other mental operations that are quick, effortless, and generally quite accurate', Haidt 2001, p. 814; Zie ook Solan 2003. Overigens gaat de veelgemaakte tegenstelling tussen emotie en cognitie hier niet op. Intuïtie is ook een vorm van cognitie, alleen een veel snellere en minder zorgvuldige afweging, aldus de onderzoekers.

20 'The presence of the blame impulse's building blocks in everyday (life) though may, at least to some extent, explain some of the reasons it is so easily triggered', aldus Solan 2003, p. 1012. Zie ook Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 93 en Hauser 2006.

21 Alicke 2000, 556 e.v. Zie ook Van Koppen & Hessing 2002.

22 Alicke 2000, p. 557; Solan 2003, p. 1006-1020; Solan 2005 en Knobe 2005. Een iets andere opsomming geeft Shaver (Shaver 1985, p. 160), hoewel ook hier de drie genoemde aspecten herkenbaar zijn.

23 Zie hiervoor bijvoorbeeld Haidt 2001, p. 820.

oordeel bevestigen, dringen naar de voorgrond en tegengestelde 'bewijzen' verdwijnen zo veel mogelijk naar de achtergrond (*biased information search*). Het is, volgens de kenners, een onbewust proces, zelfs als mensen doordrongen zijn van de noodzaak een afweging in uiterste objectiviteit te maken.²⁴

Bij de waarneming gaat het dus al mis, maar ons geheugen blijkt ook geen betrouwbare bron te zijn voor gebeurtenissen. Met de veelzeggende titel 'Het geheugen, de partijdige geschiedschrijver' beschrijven Tavis en Aronson hoe ons geheugen ons helpt bij ons onbewuste verlangen om ons positieve zelfbeeld in stand te houden.²⁵ Wat wij ons herinneren, wordt geboetseerd en bijgewerkt in een versie die ons welgevallig is. Het vervormt wat werkelijk gebeurd is. Ook dit is een onbewust proces. Het maakt ons ongeschikt om een werkelijk goede inschatting te maken van ons aandeel (en dat van de ander) als het aankomt op bijvoorbeeld het klaren van een klus. Het verklaart de uitkomsten van onderzoeken naar de bijdrage van mannen en vrouwen in huishoudelijke taken. Veel mannen zeggen: 'ik doe best veel, zo'n 40%', terwijl vrouwen zeggen: 'ik doe veruit het meest, minstens 80%'.

3.4 *Motieven voor een biased information search*

Het bovenstaande klinkt niet erg bemoedigend. We zijn kennelijk niet in staat objectief gewogen oordelen te vellen over (het gedrag van) anderen. Hoe komt dat? De belangrijke drijfveer is al vaker genoemd: het gaat ons om bevestiging van het positieve zelfbeeld. De fundamentele attributiefout en de neiging tot zelfrechtvaardiging zijn twee uitingen van een sterk heersende behoefte om het beeld dat we van onszelf hebben op te poetsen. 90% van de automobilisten rekent zichzelf tot de beste 50%, en een kwart van de middelbare scholieren vindt dat hij of zij wat betreft leidinggevende capaciteiten bij de beste 1% hoort.²⁶ Vooral mensen met macht blijken last te hebben van een voortdurende neiging het positieve zelfbeeld te bevestigen.²⁷

Daarnaast zijn er nog andere drijfveren die maken dat we slechte beoordelaars zijn.²⁸ De eerste drijfveer is een behoefte aan saamhorigheid en harmonie. Deze behoefte maakt

24 Een objectief moreel oordeel vellen op basis van ratio is alleen onder zeer uitzonderlijke condities mogelijk. Tijd, denkcapaciteiten, motivatie om accuraat te zijn, geen a priori oordeel te verdedigen of rechtvaardigen. Verder mogen geen rol spelen: motieven om harmonie te bewaren met naasten (*relatedness motives*) en zogenoemde coherentiemotieven (*coherence motives*). Dit laatste ziet op de behoefte van mensen om nieuwe ervaringen met reeds gevormde beelden van zichzelf en anderen te laten overeenstemmen, zie Haidt 2001, p. 567. Zie ook Shaver 1985, p. 160: 'Judgments of responsibility and blameworthiness are (...) purely private events within perceivers. They are, in short, interpretations of events, interpretations that are open to dispute either by actor being judged or by other perceivers of the actor's behavior.'

25 Zie ook Tavis & Aronson 2011, p. 65 e.v.

26 Vonk c.s. 2007, p. 133, met verwijzingen naar anderen.

27 Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 482.

28 Haidt 2001, p. 821; Shaver 1985, p. 130 e.v.

dat we de neiging hebben om het ‘bij voorbaat’ eens te zijn met vrienden en oneens te zijn met andersgestemden. We willen er graag bij horen, daar komt het kort gezegd op neer. In feite is het terug te voeren op het derde motief: de bevestiging van een positief zelfbeeld. Acceptatie van een groep gelijkgestemden geeft ons voldoening, omdat we daardoor het gevoel krijgen goed bezig te zijn. Het groepseffect werkt bovendien versterkend. Mensen zijn in ieder geval, ongeacht een diepgravend onderzoek naar eventuele overeenkomsten of verschillen, geneigd neer te kijken op groepen waar ze zelf niet bij horen, of in ieder geval hun eigen groep leuker en beter te vinden.²⁹ Dit geldt in het bijzonder als de specifieke groep zich duidelijk profileert.

De derde drijfveer is de bevestiging van een beeld van een rechtvaardige wereld en vooral ook een wereld die voorspelbaar en controleerbaar is.³⁰ Mensen voelen zich bedreigd door de gedachte dat gebeurtenissen bij toeval plaats kunnen vinden. ‘Bij toeval’ betekent immers dat het iedereen kan overkomen, een gedachte die we bij negatieve gebeurtenissen liever niet bevestigd zien. *Defensive attribution* ligt in het verlengde hiervan. Het slachtoffer krijgt de schuld ‘omdat zoiets nooit zou kunnen gebeuren met een verstandig en redelijk handelend mens als ik’, dat is de gedachte. Het blijkt dat mensen met een negatief zelfbeeld zich minder snel bedreigd voelen door toevallige omstandigheden, omdat zij sneller geneigd zijn te ervaren dat negatieve gebeurtenissen op hun levenspad horen.³¹

3.5 *Andere denkfouten*

Er zijn nog andere denkfouten. Bij de intuïtievorming blijkt dat we vooringenomen zijn, omdat we denken in stereotypen.³² Ook blijkt dat we de neiging hebben om uit het gedrag van mensen bepaalde eigenschappen te destilleren, eigenschappen die vervolgens al snel ‘een eigen leven gaan leiden’, omdat ze in onze gedachten versterkt worden.³³ Interessant zijn ook de studies naar de invloed van taal en woordkeuze op onze morele oordeelsvorming. Het blijkt dat bepaalde woorden negatieve associaties oproepen, terwijl andere woorden positieve associaties oproepen. Die associaties kleuren de oordeelsvorming, in die zin dat een beschuldiging eerder zal volgen op woorden met een negatieve associatie.³⁴ Andere onderzoekers kwamen tot de conclusie dat mensen de juridisch verschillende gevolgen tussen directe en indirecte veroorzaking niet goed uit elkaar kunnen houden.

²⁹ Vonk c.s. 2007, p. 133.

³⁰ Vonk c.s. 2007, p. 42.

³¹ Shaver 1985, p. 133.

³² Vonk c.s. 2007, p. 521; Haidt 2001, p. 820; Gilovich, Griffin & Kahneman 2002.

³³ Vonk c.s. 2007, p. 199.

³⁴ Vonk c.s. 2007, p. 90-91.

Volgens de onderzoekers komt dit mede, doordat we in ons dagelijkse taalgebruik niet gewend zijn om een onderscheid tussen beide concepten te maken.³⁵

Daarnaast blijkt dat we verschillend reageren op negatieve en positieve informatie. Daar zijn verschillende voorbeelden van. Bij slechte uitkomsten hebben we meer verwijten, dan dat we iemand bij goede uitkomsten credits geven.³⁶ Als er meerdere motieven denkbaar zijn voor bepaald gedrag, zijn we soms geneigd aan de één minder waarde te hechten, omdat er nog een ander motief denkbaar is. Het is niet precies duidelijk welke oorzaak we als waarschijnlijk aannemen ten koste van de andere mogelijke oorzaak, maar het lijkt erop dat we geneigd zijn eerder ingenomen negatieve oordelen (in plaats van positieve oordelen) te bevestigen. Een persoon die bijvoorbeeld bekend staat als gierig en lid is van verschillende milieuorganisaties, zal bij een weinig verwarmd huis eerder verweten worden gierig te zijn, dan dat hij geprezen wordt om zijn milieubewuste levenshouding.³⁷ Ook pikken we negatieve informatie over anderen makkelijker op dan positieve informatie, althans wel als het gaat om een eerste indruk van mensen.³⁸ Uit onderzoek blijkt bovendien dat negatieve gevoelens voor een bepaalde persoon vanaf het allereerste moment van oordeelsvorming – het intuïtieve deel dus – van invloed zijn.³⁹

4 DE BESCHULDIGINGSVALKUIL

Terug naar de samenwerkende wijnhandelaren die na een samenwerking van honderd jaar verzandden in een conflict over of nu wel of geen zwaarwegende reden voor opzegging nodig was. Met het oog op de kennis uit de sociale psychologie over het attributiegedrag van mensen is het meest verrassende niet dat er op een zeker moment een stevig conflict ontstond, maar dat het ze gelukt is de samenwerking honderd jaar te voortduren. De meeste contracten (en het contractenrecht) gaan uit van de veronderstelling dat mensen rationeel denkende wezens zijn, die gedrag van zichzelf en anderen objectief kunnen verklaren in termen van oorzaken en gevolgen. Deze gedragspresumptie blijkt niet juist. Je zou kunnen spreken van een beschuldigingsvalkuil. De neiging ons positieve zelfbeeld in stand te houden is kennelijk zo groot, dat we het gedrag van anderen veroordelen en dat van onszelf rechtvaardigen. Een vervelend neveneffect is dat een beschuldiging een soort sneeuwbaaleffect heeft: de ontvanger ziet zijn of haar positieve zelfbeeld aangetast en reageert op soortgelijke wijze. De vraag is nu of ons contractenrecht (of: de inrichting van onze

35 Overigens noemen de onderzoekers Nederland als voorbeeld waarin een dergelijk onderscheid in taal wel gemaakt wordt: 'doen' voor directe causaliteit, en 'laten' voor indirecte causaliteit. Zie Solan & Darley 2001, p. 295. Zie ook Solan 2003, p. 1014-1016.

36 Zie Knobe 2003, p. 190-193.

37 Dit proces wordt ook wel *discounting* genoemd, zie hierover Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 97.

38 Vonk c.s. 2007, p. 176 en p. 222.

39 Zie hiervoor bijvoorbeeld Feigenson 2003, p. 959.

contracten) aanpassing behoeft met het oog op het attributiegedrag van mensen. Valt er te ontkomen aan de beschuldigingsvalkuil?

5 NAAR EEN BETERE AFSTEMMING TUSSEN REGELS EN GEDRAG

5.1 *Mogelijkheden, nuanceringen en beperkingen*

Het vorenstaande levert een niet al te rooskleurig beeld op van hoe mensen zich gedragen. Maar er is hoop. Illustratief hiervoor is het voorbeeld dat Tavis & Aronson noemen over de Amerikaanse gezondheidszorg.⁴⁰ Amerikaanse artsen en ziekenhuizen worden tegenwoordig gestimuleerd hun fouten toe te geven en recht te zetten. Ze doen dit omdat uit Amerikaans onderzoek zou blijken dat patiënten (en artsen en ziekenhuizen) daarbij gebaat zijn.⁴¹ Volgens deze onderzoeken gaat het patiënten er vooral om ervan verzekerd te zijn dat de fout niet nog eens kan intreden. Het geeft hun lijden betekenis. Een arts die een fout toegeeft, excuses maakt en zichtbare veranderingen doorvoert, helpt niet alleen patiënten, maar ook zichzelf. Dat blijkt dan weer uit andere onderzoeken: het toegeven van fouten zonder pogingen om het gezicht te redden, is voor velen een bevrijdende ervaring.⁴² Het heeft bovendien als gunstig neveneffect dat mensen om je heen je aardiger gaan vinden. ‘Aardig gevonden willen worden’ heeft iets negatiefs, maar in een samenwerking die gekenmerkt wordt door een hoge mate van samenwerking, wordt het einddoel doorgaans sneller en gemakkelijker bereikt als mensen elkaar positief bejegenen.

De oplossing is een bewustwordingsproces. Wanneer we weten dat we last hebben van zelfrechtvaardiging, kunnen we slimmere keuzes maken door onze zelfbeschermingsmechanismen uit te schakelen. We moeten af van onze foutenfobie en anticiperen op onze natuurlijke neiging om van ons af te bijten op het moment dat er spanningen ontstaan tussen twee denkbelden (cognitieve dissonantie: ‘ik ben slim’ en ‘de berekening die ik gemaakt heb klopt niet’).

In het vervolg ga ik dieper in op mogelijke aanpassingen van het contractenrecht en de inrichting van contracten, maar niet nadat ik een opmerking van nuancerende en beperkende aard heb gemaakt. Niet alle uitkomsten uit sociaalpsychologisch onderzoek laten zich transponeren naar juridische regels. Daarnaast is het lastig (zo niet onmogelijk) om te onderzoeken of de effecten van eventuele aanpassingen positief zijn. Om te vergelijken

⁴⁰ Tavis & Aronson 2011, p. 210.

⁴¹ Tavis & Aronson 2011, p. 210, met verwijzingen aldaar.

⁴² Het blijkt moeilijker dan het is: fouten toegeven zonder een poging het gezicht te redden. De spiegel van Tavis & Aronson is weer confronterend: wanneer heb je voor het laatst toegegeven dat je een fout hebt gemaakt? En wanneer deed je dat voor het laatst *zonder* erbij te vermelden hoe je het hebt opgelost, dat het allemaal zo erg niet was, dat je beslissing logisch was gezien het gedrag van de ander, dat er iets speelde wat je niet had kunnen voorspellen of dat anderen het ook altijd zo doen? Zie Tavis & Aronson 2011, p. 211.

tussen de oude en de nieuwe situatie heb je immers gegevens nodig over de oude situatie en die zijn er niet. Zelfs in het echtscheidingsrecht is het lastig aan te geven wat de ‘schuldloze’ echtscheiding mensen heeft gebracht. We gaan ervan uit dat het mensen helpt om de schuldvraag niet te laten overheersen, maar over het ‘waarom en hoe’ (zijn er bijvoorbeeld betere alternatieven voor het criterium duurzame ontwrichting?) zijn weinig gegevens bekend.⁴³ Er zitten haken en ogen aan deze interdisciplinaire exercitie. Voorzichtigheid is dus op zijn plaats. Het hiernavolgende is dus uitsluitend van explorerende aard.

5.2 *Het contract als een instrument om de samenwerking te versterken*

Mensen maken contracten om ervoor te zorgen dat beloftes nageleefd en desnoods afgedwongen kunnen worden. Dat is een goede reden. Maar het maken van een contract is over het algemeen geen doel op zich. Mensen kiezen voor een contractuele samenwerking, omdat ze iets willen bewerkstelligen of bereiken. Macneil verwoordt dit als volgt:⁴⁴

‘Contracts are about getting things done in the real world – building things, selling things, cooperating in enterprise, achieving power and prestige, sharing and competing in family structure (...)’

Hij vervolgt zijn betoog met een waarschuwing:

‘If we wish to understand contract, and indeed if we wish to understand contract law, we must think about exchange and such things first, and law second.’

Met deze enkele zin baant Macneil een weg voor een verschuiving van perspectief. Het contractenrecht is geen object van regulering, maar contracten (en daarmee indirect ook het contractenrecht) zijn een instrument om relaties te managen.⁴⁵ De relatie komt op de eerste plaats, het recht heeft een slechts dienende rol.⁴⁶ Volgens Macneil is het contractenrecht te veel gericht op overeenkomsten waarbij niets meer komt kijken dan een simpele uitwisseling van goederen, terwijl veruit de meeste contracten (veel) meer om het lijf hebben dan dat. Het contractenrecht (en de inrichting van veel contracten) schiet tekort op dat meerdere. Exchange, de relatie, de samenwerking: contracten zouden zo ingericht moeten worden dat ze een soort *management tool* worden om de relatie te beheren. Macneil

43 Vgl. Pel 1999, p. 639.

44 I.R. Macneil 1980, p. 5; ik ontleen het citaat aan Chao-Duvis, die het citaat gebruikt als opening voor een overzicht van ontwikkelingen in de literatuur over samenwerking, zie Chao-Duvis 2012, p. 28.

45 De theorie van Macneil staat bekend onder de noemer *Relational Contract Theory*, zie over deze theorie ook Campbell, Collins & Wightman 2003.

46 Volgens een andere klassieker – Macaulay – zelfs een uiterst marginale rol, zie Macaulay 1963.

signaleert vooral wat er mis is met het huidige contractenrecht, maar met oplossingen komt hij niet. Andere auteurs doen dat wel: vanuit verschillende aanvliegroutes worden suggesties gedaan om contracten zo in te richten dat ze daadwerkelijk dienen ter ondersteuning van de samenwerking.⁴⁷ Wat deze uitwerkingen gemeen hebben, is dat ze anticiperen op het ontstaan van conflicten. Niet door middel van een afstandelijke standaardclausule over *dispute resolution*, maar door laagdrempelige, vroege interventies op het moment dat er iets gaat schuren in een relatie. Met veel aandacht voor communicatie tussen de betrokken partijen. Expliciete aandacht voor de ontmanteling van het zelfrechtvaardigingsmechanisme zou in een contract gebaseerd op deze uitgangspunten slechts een kleine toevoeging zijn.

5.3 *Een goede exitroute*

Als samenwerkingen niet meer opleveren wat ze zouden moeten opleveren, moeten partijen op een respectvolle wijze uit elkaar kunnen gaan. Het belang hiervan blijkt niet alleen uit de, in onderzoek aangetoonde negatieve gevolgen van vechtscheidingen, maar ook uit verslagen van mensen met veel ervaring met langdurige commerciële relaties.⁴⁸ Op dit punt is er ruimte voor verbetering. Is er in ons recht ruimte voor een opzegging op grond van zuiver economische redenen, zonder de tegenpartij van enige vorm van wangedrag te hoeven beschuldigen? We denken van wel, maar zeker weten doen we het niet.⁴⁹ En hebben partijen voldoende helder voor ogen welke voorwaarden voor opzegging in hun concrete geval naar objectieve maatstaven redelijk zijn? En zou het, nu we weten hoe ons zelfrechtvaardigingsmechanisme werkt, niet zinvol zijn na te denken over mogelijkheden om te ontbinden zonder in een verwijtbaarheidsdiscussie te belanden? Toerekenbaarheid is immers geen vereiste. Een goede exitroute zou de kans kunnen verkleinen dat mensen in de beschuldigingsvalkuil trappen.

5.4 *Geen onnodig polariserende juridische instrumenten*

Al eerder hebben wetenschappers melding gemaakt van polariserende juridische ‘obstakels’ in het verbintenissenrecht.⁵⁰ De ingebrekestelling is het meest genoemde voorbeeld. Terecht, zo lijkt het. Een ingebrekestelling is dodelijk voor een positief zelfbeeld. Dit formeel juridische instrument zet de – op zichzelf gerechtvaardigde – behoefte aan nakoming onnodig

47 Zonder volledigheid te willen nastreven noem ik Chao-Duivis 2012, Levine 2002, Haapio 2006, Kamminga 2008 en De Hoon 2005.

48 Zie bijvoorbeeld Levine 2002.

49 Vgl. HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*).

50 Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000.

polariserend op de kaart. Alleen het woord al: ‘ingebrekestelling’. Het kan niet anders, of onze natuurlijke zelfrechtvaardigingsmechanismen gaan volop aan de slag. Daar moeten alternatieven voor zijn, met dezelfde resultaten (een termijnstelling bijvoorbeeld), maar dan zonder al te grote negatieve neveneffecten. Het zou de moeite waard zijn een conflict-hanteringsdeskundige een alternatief voor de ingebrekestelling te laten ontwerpen.

Iets vergelijkbaars geldt voor de aangetekende opzegbrief. In de meeste gevallen zal de opzegbrief niet als een donderslag bij heldere hemel komen. In ieder geval is het waarschijnlijk dat er gedurende de samenwerking al eerder signalen, voor aanpassing dan wel beëindiging, gegeven zijn. Toch mag het effect van een opzegbrief niet onderschat worden. De cognitieve psychologie leert, zo bleek eerder, dat de confrontatie met een ongewenste situatie alleen al een prikkel is om te zoeken naar een veroorzaker. Als je in diezelfde opzegbrief ook nog eens een impliciete of expliciete beschuldiging kunt lezen, zijn alle ingrediënten voor een wederbeschuldiging aanwezig. Niet de beste start voor een soepele afwikkeling van een complexe duurverhouding. Vergelijkbare gedachten zijn eerder geuit in het echtscheidingsrecht, waar gewezen is op het dramatische effect van de aanzegging tot echtscheiding per deurwaardersexploot.⁵¹

Alternatieven hoeven niet al te ingewikkeld te zijn. Er lijkt al winst te behalen als meer aandacht besteed wordt aan de wijze waarop partijen hun wensen en zorgen communiceren. Niet in opgeklopte en formele bewoordingen, maar in eenvoudige maar treffende woorden.⁵² Woorden die bovendien geen negatieve associaties oproepen, zo leert de sociale psychologie ons. Ik zou me voor kunnen stellen dat de aanzegging dat ‘belangen x en y ertoe leiden dat de samenwerking niet in ongewijzigde vorm voortgezet kan worden’ beter uit de associatietest komt, dan de aanzegging dat ‘gezien de recente ontwikkelingen er geen andere keuze rest dan gebruik te maken van het recht de overeenkomst eenzijdig op te zeggen’. Ook hier kan een parallel getrokken worden naar het echtscheidingsrecht. Het criterium ‘duurzame ontwrichting’ heeft, wat je zou kunnen noemen, een neutrale associatie, en werkt om die reden niet polariserend.⁵³ De ervaringen met echtscheidingen op basis van een neutraal criterium zijn kennelijk positief, want ook de *European Commission on Family Law* heeft bij het opstellen van de *Principles on Divorce* gekozen voor een neutrale echtscheiding.⁵⁴

Niet polariserend zijn waarschijnlijk regels waarbij partijen op neutrale wijze aangespoord worden te communiceren, terwijl tegelijkertijd een duidelijk kader wordt gegeven

51 Zie Pel 1999, alsmede het in 1996 verschenen rapport *Anders Scheiden* (De Ruiter 1996). Zie ook Lewicky, Barry, Saunders & Minton 2003, p. 140: ‘The more cooperative, open and nonthreatening the opening statements and actions of a party are, the more trust and cooperation is engendered in the other party.’

52 Vgl. bijvoorbeeld Gibbons, Bradac & Bush 1992.

53 Dat neemt niet weg dat er ook kritische geluiden zijn. Zie bijvoorbeeld Pel 1999. Pel betoogt, als gezegd, dat het criterium alleen maar afleidt van waar het werkelijk om draait: de voorwaarden voor echtscheiding.

54 Voor Nederland heeft de commissie-De Ruijter overwogen dat het criterium ongewijzigd diende te blijven, zie De Ruiter 1996, p. 36. Zie voor de Europese ontwikkelingen vooral Antokolskaia 2006, p. 9. e.v.; zie voor het Belgische recht op dit punt Uytterhoeven 2002, p. 306-313.

voor materiële rechten en plichten. In een vrij eenvoudige wettelijke (en in het algemene BW op te nemen) opzeggeregeling kunnen contractspartijen gestimuleerd worden te communiceren. Een – overigens ongepolijst – voorbeeld:

1. Een contractspartij die samenwerking niet meer onder dezelfde voorwaarden wenst voort te zetten, nodigt haar wederpartij uit in onderhandeling te treden.
2. Leiden de onderhandelingen niet tot aanpassing van de overeenkomst, dan is elke contractspartij bevoegd de overeenkomst op te zeggen, mits de voorwaarden voor opzegging voldoende recht doen aan de belangen van de wederpartij.
3. Partijen zijn gehouden te onderhandelen over de voorwaarden voor opzegging. De voorwaarden hebben betrekking op compensatie in de vorm van een termijn en/of vergoeding, afwikkeling en de postcontractuele fase. Ze zijn gehouden zich hierbij te laten leiden door branchegebruiken en gewoonten.

5.5 *Andere verdelingsmaatstaven*

In het verlengde van het voorgaande ligt de suggestie om tot verdelingsmaatstaven te komen waarbij niet de causale bijdrage aan het ontstaan van de schade centraal staat, maar wat partijen nodig hebben met het oog op de toekomst. Zo zijn er al voorstellen gedaan om tot verdelingsmaatstaven te komen waarbij schuld niet op de voorgrond staat.⁵⁵ De gedachte om het schadebedrag te laten bepalen door wat partijen nodig hebben om zich zo snel mogelijk aan de op handen zijnde veranderingen aan te passen, lijkt vooral zinvol bij complexe duurcontracten. In dit type contract valt beide partijen vaak iets te verwijten. Enerzijds maakt dat de kans op een discussie over verwijtbaar tekortkomen uiteraard groter. Anderzijds biedt het mogelijkheden om teleurstellingen te accepteren en het verleden los te laten. De beschuldigingsvalkuil kan ontweken worden door een bewustwording van ons zelfrechtvaardigingsmechanisme. Een reminder (in het contract) dat we zelf geen objectieve inschatting kunnen maken van onze eigen bijdrage aan teleurstellende contracten is paternalistisch en zal op weinig sympathie kunnen rekenen onder juristen (en de contractspartijen zelf), maar als we kijken naar de inzichten uit de sociale psychologie, is dat zo gek nog niet. Voor diegene die dat een brug te ver vinden, zijn verdelingsmaatstaven met zo min mogelijk schuldelementen een goed alternatief. Een focus op de relatiespecifieke investeringen die niet terugverdiend kunnen worden is hier een voorbeeld van.

Een andere gedachte is om waar mogelijk aansluiting te zoeken bij verdelingsmaatstaven die weliswaar op het verleden gericht zijn (namelijk op een bijdrage aan het ontstaan van de schade), maar dan zo veel mogelijk vrij van een oordeel over de verwijtbaarheid van de gedragingen. Een voorbeeld is de primaire verdelingsmaatstaf van artikel 6:101 BW (eigen schuld). Het gaat hier uitsluitend om een weging van ieders ‘causale bijdrage’; de mate van

⁵⁵ Barendrecht 2004, p. 2180 e.v.; De Hoon 2010.

schuld speelt hier volgens vaste rechtspraak geen rol.⁵⁶ Vervolgens is er wel een billijkheids-correctie mogelijk, onder meer op grond van de ernst van de gemaakte fouten, maar de standaardisering die daar heeft plaatsgevonden (de 50%- en 100%-regel) is met het oog op het attributiegedrag van mensen weer interessant. Omdat we weten dat kinderen onder de veertien jaar geen goede inschatting kunnen maken van gevaren in het verkeer, is de 100%-regel ontwikkeld. De automobilist die (met een al op mogelijke gevaren aangepaste snelheid) een kind aanrijdt dat volkomen onverwachts tussen twee geparkeerde auto's oversteekt, zal de volledige aansprakelijkheid voor de schade mogelijk (!) beter kunnen accepteren, wetende dat het een standaard is. Los van deze standaarden: verdelingsmaatstaven gebaseerd op zo veel mogelijk neutrale (d.w.z. geabstraheerd van de schuldvraag) causale bijdragen zou een mechanisme kunnen zijn om niet in een beschuldigingsdiscussie te belanden. Hier is wat voor te zeggen, zeker gezien de vaste lijn van de Hoge Raad dat de eigenschuld-afwegingen van artikel 6:101 BW slechts beperkt gemotiveerd hoeven te worden, omdat het oordeel voor een deel intuïtief is.⁵⁷

5.6 Meer aandacht voor sociale factoren die het conflict doen ontstaan

Meer in het algemeen zou je kunnen zeggen dat het contractenrecht vooral uitgaat van de gedachte dat conflicten voornamelijk voortkomen uit tegengestelde belangen. De schuldregels als genoemd in paragraaf 2 zijn vooral regels over rechten en plichten bij tegengestelde belangen. Uit de sociale psychologie blijkt dat verschillende factoren debet zijn aan het ontstaan van conflicten. De tegengestelde belangen zijn een factor, maar niet doorslaggevend. Volgens Baron e.a. zijn de meer sociaal georiënteerde factoren belangrijker, als voorbeelden noemen zij: *'long-standing grudges or resentment, the desire for revenge, inaccurate social perceptions and poor communication'*.⁵⁸ Het zou een hele *tour de force* worden om al die sociale factoren (de genoemde factoren zijn slechts – zo begrijp ik hen – een paar voorbeelden) op een gedegen manier in ons Burgerlijk Wetboek te integreren, maar op zichzelf lijkt de gedachte om het zwaartepunt (meer dan voorheen) bij het proces van hoe mensen met elkaar omgaan te leggen, de moeite waard.⁵⁹

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO Zorgverzekeringen*).

⁵⁷ Zie hiervoor HR 19 november 2004, NJ 2005, 553 (*Naus/Van de Beuken*) en HR 24 september 2004, NJ 2005, 466 (*Lok, Stad Rotterdam/Stam, Groene Land*).

⁵⁸ Baron, Byrne & Branscombe 2006, p. 483. Vgl. ook Felstiner, Abel & Sarat 1980, p. 631 e.v.

⁵⁹ Vgl. Felstiner, Abel & Sarat 1980, p. 636: 'The sociology of law should pay more attention to the early stages of disputes and to the factors that determine whether naming, blaming, and claiming will occur. Learning more about the existence, absence, or reversal of these basic transformations will increase our understanding of the disputing process and our ability to evaluate dispute processing institutions.'

6 SLOT

Gebleken is ook dat een moreel oordeel vooral op intuïtie gebaseerd is, die achteraf door ratio bevestigd wordt. Bij dit proces maken we allerlei denkfouten. Dit terwijl het contractenrecht uitgaat van rationeel handelende mensen die gedrag van zichzelf en anderen objectief kunnen verklaren in termen van oorzaken en gevolgen. Het is niet zeker of de uitkomsten uit de sociale psychologie zonder meer vertaald kunnen worden naar privaatrechtelijke regels, maar doorredenerend zijn een paar gevolgen denkbaar. Meer informatie over de schuldloze route en het vermijden van polariserende juridische instrumenten zijn de twee meest voor de hand liggende. Andere verdelingsmaatstaven en meer aandacht voor de sociale factoren die een rol spelen bij het ontstaan van het conflict zijn twee andere mogelijke denkrichtingen.

Tot slot een laatste opmerking. Uit elkaar gaan – of het nu om een huwelijk gaat of om een commerciële relatie – zonder schulddiscussie is geen ‘must’. En misschien zitten we zo in elkaar dat geen enkele privaatrechtelijke regel kan voorkomen dat schulddiscussies hoog oplopen, ook als vooraf al vaststaat dat beiden er eerder slechter dan beter van worden. In dat geval heeft het niet veel zin hierover door te denken, maar het vorenstaande toont – hopelijk – aan dat het de moeite waard is te onderzoeken of een aantal privaatrechtelijke regels beter op het gedrag van mensen afgestemd kan worden.

LITERATUUR

Alicke 2000

M.D. Alicke, ‘Culpable Control and the Psychology of Blame’, *Psychol. Bull.* 2000, Vol. 126, p. 556-574.

Antokolskaia 2006

M.V. Antokolskaia, *Nederlands echtscheidingsrecht en de CEFL Principles on Divorce* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam: Amsterdam VU 2006.

Barendrecht 2004

J.M. Barendrecht, ‘Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat, Volendam en Aandelenlease als voorbeelden’, *NJB* 2004, p. 2180-2191.

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Baron, Byrne & Branscombe 2006

R.A. Baron, D.B. Byrne & N.R. Branscombe, *Social Psychology*, 11^e druk, Boston: Pearson 2006.

Campbell, Collins & Wightman 2003

D. Campbell, H. Collins & J. Wightman (2003), *Implicit Dimensions of Contract*, Oxford: Hart Publishing 2003.

Chao-Duivis 2012

M.A.B. Chao-Duivis, *Het bouwteam model; Een studie naar de juridische vormgeving en het functioneren in de praktijk*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012.

Feigenson 2003

N.R. Feigenson, 'Emotions, Risk Perceptions and Blaming in 9/11 Cases', *Brook. L. Rev.* 2003, Vol. 68, p. 959-1002.

Festinger 1957

L. Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford: Stanford University Press Stanford 1957.

Felstiner, Abel & Sarat 1980

W.L.F. Felstiner, R.L. Abel & A. Sarat, 'The Emergence and Transformation of Disputes, Naming, Blaming and Claiming ...', *Law & Society Rev.* 1980, Vol. 15, p. 631-654.

Gilovich, Griffin & Kahneman 2002

T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman (eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.

Haapio 2006

H. Haapio, 'Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting', in: P. Wahlgren (ed.), *A Proactive Approach, Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stockholm University Law Faculty, 2006, p. 150-193. Zie www.scandinavianlaw.se/pdf/49-9.pdf.

Haidt 2001

J. Haidt, 'The Emotional Dog and Its Rational Tail; A Sociological Intuitionist Approach to Moral Judgment', *Psychol. Rev* 2001, vol. 108, p. 814-834.

Hauser 2006

M.D. Hauser, *Moral minds: how nature designed our universal sense of right and wrong*, New York: Ecco 2006.

Heider 1958

F. Heider, *The Psychology of Interpersonal Relations*, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates 1958.

De Hoon 2005

M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2005.

De Hoon 2010

M.W. de Hoon, 'Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn', *NJB* 2010, 85(21), 1338-1345.

Kamminga 2008

Y.P. Kamminga, *Towards Effective Governance Structures for Contractual Relations: Recommendations from Social Psychology, Economics and Law for Improving Project Performance in Infrastructure Projects*, Tilburg University: Tilburg 2008.

Knobe 2003

J. Knobe, 'International Action and Side-Effects in Ordinary Language', *Analysis* 2003, Vol. 63, p. 190-193.

Knobe 2005

J. Knobe, 'Cognitive Processes Shaped by the Impulse to Blame', *Brook. L. Rev.* 2005, Vol. 71, p. 929-939.

Kohlberg 1969

L. Kohlberg, 'Stage and Sequence: The Cognitive-Developmental Approach to Socialization', in: D.A. Goslin (ed.), *Handbook of Socialization Theory and Research*, Rand McNally 1969, p. 347-480.

Van Koppen & Hessing 2002

P.J. van Koppen & D.J. Hessing, 'De schuld krijgen', in: P.J. van Koppen (e.a.) (red.), *Het recht van binnen*, Kluwer: Deventer 2002, p. 25-40.

Levine 2002

S. Levine, *The Book of Agreement*, Berrett-Koehler: San Francisco 2002.

Lewicky, Barry, Saunders & Minton 2003

R.J. Lewicky, B. Barry, D.M. Saunders & J.W. Minton, *Negotiation*, McGraw Hill: Boston 2003.

Macaulay 1963

S. Macaulay, 'Non-contractual relations in business: a preliminary view', (2) *American Sociological Review* 1963, p. 55-67.

Macneil 1980

I.R. Macneil, *The new social contract; An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London: Yale University Press 1980.

Pel 1999

M. Pel, De (echt)scheidingsgrond: afscheid van de duurzame ontwrichting, *WPNR* 1999, Vol. 130, nr. 6369, p. 639-644.

Pizarro & Bloom 2003

D.A. Pizarro & P. Bloom, 'The Intelligence of the Moral Intuitions: Comment on Haidt', *Psych. Rev.* 2003, p. 193-196

Rassin 2005

E. Rassin, *Tussen sofa en toga. Een inleiding in de rechtspsychologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

De Ruiter 1996

J. de Ruiter, *Anders Scheiden: rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure, Commissie Herziening Scheidingsprocedures*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1996.

Shaver 1985

K.G. Shaver, *The Attribution of Blame: Causality, Responsibility and Blameworthiness*, New York: Springer-Verlag 1985.

Shweder & Haidt 1993

R.A. Shweder & J. Haidt, 'The Future of Moral Psychology: Truth, intuition, and the pluralist way', *Psychological Science* 1993, Vol. 4, p. 360-365.

Solan 2003

L.M. Solan, 'Cognitive Foundations of the Impulse to Blame', *Brook. L. Rev.* 2003, Vol. 68, p. 1003-1029.

Solan 2005

L.M. Solan, 'Where Does Blaming Come From?', *Brook. L. Rev.* 2005, Vol. 71, p. 939-945.

Solan & Darley 2001

L.M. Solan & J.M. Darley, 'Causation, Contribution and Legal Liability: An Empirical Study', *Law and Contemp. Probs.* 2001, p. 265-298.

Tavris & Aronson 2007

C. Tavris & E. Aronson, *Mistakes were made (but not by me), Why we justify foolish beliefs, bad decisions and hurtful acts*, New York/London: Harcourt Inc./Printer & Martin 2007.

Tavris & Aronson 2011

C. Tavris & E. Aronson, *Er zijn fouten gemaakt (maar niet door mij), Waarom we dwaze overtuigingen, slechte beslissingen en kwetsend gedrag rechtvaardigen*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds 2011.

Uytterhoeven 2002

K. Uytterhoeven, 'Het Belgische echtscheidingsrecht in beweging: een eindigend verhaal van schuld en boete?', *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 2002, Vol. 24, nr. 12, p. 306-313.

Vonk c.s. 2007

R. Vonk c.s., *Sociale Psychologie*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2007.

14 IN HOEVERRE IS EU BELEIDSVORMING IN PRIVAATRECHT EVIDENCE-BASED?

Een casestudy van het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht

G. Low*

SAMENVATTING

Evidence-based beleidsvorming wordt gezien als een neutraal en efficiënt alternatief voor beleidsvorming gebaseerd op politieke overwegingen. Deze bijdrage richt zich op de vraag of en in hoeverre het beleid van de EU op het terrein van het privaatrecht kan worden gezien als evidence-based. Als casestudy is gekozen om het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEKR) nader te bestuderen. Drie onderwerpen staan hierbij centraal, namelijk de soorten van informatie die beschouwd worden als relevant voor het beleidsvormingsproces, het contact tussen wetenschappers en beleidsmakers en de wijze waarop in de regulatory impact assessment (RIA) voor het GEKR om wordt gegaan met bewijs. De bevindingen zijn gevarieerd. Een ruime verscheidenheid aan bewijs wordt gezien als relevant en verzameld ten behoeve van het GEKR. Beleidsmakers en wetenschappers hebben met elkaar samengewerkt tijdens het proces en hoewel een dergelijke samenwerking zeker is aan te bevelen, dient te worden opgemerkt dat dit lang niet altijd gemakkelijk is. Tenslotte blijft de RIA selectief ten aanzien van het soort bewijs dat is gebruikt om de noodzaak voor een GEKR te onderbouwen en de interpretatie daarvan. Deze bevindingen geven aanleiding tot het vermoeden dat de ontwikkeling van het GEKR meer is gebaseerd op politieke overwegingen dan dat het een voorbeeld is van evidence-based policy making.

1 INLEIDING

Het is bijna banaal om te zeggen dat beleidsvorming gebaseerd dient te zijn op bewijs. Feiten in plaats van fictie. Besluitvorming in de geneeskunde is al sinds de negentiende eeuw gebaseerd op basis van feiten,¹ terwijl een dergelijke aanpak meer recentelijk zijn

* Met dank aan Frans Leeuw, Sarah Schoenmaekers en Maartje de Visser voor hun opmerkingen. Het gebruikelijke caveat is van toepassing.

¹ Sackett et al. 1996.

intrede heeft gedaan in managementkringen² en economie.³ Terwijl Aristoteles reeds pleitte voor een evidence-based benadering van beleidsvorming en de wet,⁴ hebben beide terreinen pas onlangs 'de nieuwe religie van empirisme omarmd'.⁵ Wat het laatste terrein betreft kan de slogan van *New Labour* in het Verenigd Koninkrijk in 1997 '*what counts is what works*',⁶ waarmee het einde werd ingeluid van '*policy-making based on political ideology or prejudice*'⁷ worden gezien als een beginpunt voor de term '*evidence-based policy-making*' (EBP). EBP wordt onder andere aangehangen door de VS, Australië en een aantal OESO- en EU-lidstaten.⁸ De EU bevindt zich dus in goed gezelschap en heeft zeker sinds 2000 EBP omarmd, zoals valt af te leiden uit het rationaliseren van de wijze waarop *impact assessments* worden uitgevoerd⁹ en de druk in de richting van betere regulering; en dit heeft gevolgen gehad voor een grote variëteit aan Europese beleidsterreinen, zoals visserij, suiker, toerisme, transport en hernieuwbare energie.¹⁰

De overgang naar EBP is niet verrassend. Geplaatst naast de slogan van *New Labour* ziet men duidelijk het doel en de aantrekkingskracht van EBP. EBP laat een verschuiving zien van de grillen van de pure politiek¹¹ naar het nemen van beleidsbeslissingen op basis van deugdelijk bewijsmateriaal en harde feiten.¹² Bovendien worden risico's en onzekerheden voor wat betreft de uitkomst van beleidsbeslissingen verminderd, aangezien bewijs kan worden aangevoerd ten aanzien van de waarschijnlijkheid dat de beoogde effecten ook daadwerkelijk gerealiseerd worden.¹³

Vanuit een academisch perspectief kan EBP de symbiose tussen de wetenschap en beleidskringen bevorderen. Wetenschappers kunnen worden gestimuleerd om het bewijs te leveren dat nodig is om het beleidsvormingsproces soepel te laten verlopen.¹⁴ Wetenschappelijk onderzoek wordt zo meer verankerd in de werkelijkheid en heeft een impact op de samenleving, en beleid krijgt een vernis van wetenschappelijke geloofwaardigheid en objectiviteit.

Vanuit het oogpunt van democratische legitimiteit kan worden gezegd dat EBP kan zorgen voor een bredere en diepere betrokkenheid van stakeholders in het beleidsvormings-

2 Reay et al. 2009.

3 Reiss 2004.

4 Dunne 1993.

5 Rachlinski 2011.

6 Wells 2007.

7 Frey & Ledermann 2010.

8 Hoewel het begrip EBP niet uitdrukkelijk wordt gebezigd in al deze landen, hebben de begrippen die daar worden gebruikt eenzelfde lading (Clarence 2002).

9 Zie verder par. 2.2.2.

10 Lee & Kirkpatrick 2006.

11 Sharman & Holmes 2010.

12 Nutley et al. 2007.

13 HC 2006.

14 James & Jorgensen 2009.

proces door middel van openbare consultaties.¹⁵ Bewijs wordt onder andere geanalyseerd in het kader van *ex ante impact assessments*,¹⁶ welke op hun beurt zorgen voor een betere verantwoording van de beleidskeuzes. Inderdaad, voor zover dergelijke keuzes leiden tot Europese wetgeving kan EBP helpen bij het bepalen of de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid in acht zijn genomen.¹⁷ Dit is het geval, omdat de Commissie in haar ontwerpen voor Europese wetgevingshandelingen gemotiveerd moet aantonen waarom de voorgestelde maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is en tevens moet staven, met gebruikmaking van kwalitatieve en waar mogelijk kwantitatieve indicatoren, waarom de doelstellingen beter door de Unie dan door de lidstaten kunnen worden bereikt.

Deze redenen kunnen de verspreiding van EBP in verschillende landen en verschillende sectoren verklaren, waarbij tevens opgemerkt kan worden dat de snel groeiende empirische beweging in de sociale wetenschappen in de twintigste eeuw een belangrijke katalysator is geweest voor de huidige populariteit van EBP, zeker in westerse samenlevingen.¹⁸

Het moet echter worden opgemerkt dat de opkomst van EBP niet altijd een onverdeeld en doorslaand succes is geweest, maar dat er ook mislukkingen en teleurstellingen zijn geweest ten aanzien van het gebruik van EBP.¹⁹ Reflectie op fouten uit het verleden voor wat betreft het verzamelen en gebruik van bewijs in beleidsvorming heeft er deels voor gezorgd dat de huidige EBP-literatuur zeer omvangrijk is, variërend van vragen over het bewijs zelf, methodologische kwesties, zoals hoe bewijs moet moeten verzameld en geanalyseerd, tot de vraag hoe beleidsmakers relevant onderzoek kunnen uitzetten en coördineren.

Na deze korte opmerkingen kunnen we nu onze aandacht richten op het onderwerp van dit hoofdstuk, namelijk in hoeverre het beleid van de EU op het terrein van het privaatrecht *evidence-based* kan worden genoemd. Hoewel er een opmerkelijke disinteresse in het gebruik van een *evidence-based* aanpak lijkt te zijn binnen de verschillende deelgebieden binnen het privaatrecht,²⁰ dient men terughoudend te zijn om te concluderen dat beleidsvorming binnen het privaatrecht louter op politieke grillen en beweegredenen is gebaseerd, omdat er tot op heden nog geen studie is geweest naar het gebruik van EBP binnen het Europees privaatrecht.

Ook dit hoofdstuk voorziet niet in een dergelijke uitgebreide studie. Het heeft een meer bescheiden doelstelling, namelijk na te gaan hoe de EU haar beleid vormt op het terrein van het privaatrecht door middel van een casestudy van het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEKR).²¹ Dit wordt gedaan door een drievoudige analyse van (i) het soort informatie dat de beleidsmakers beschouwen als bewijs; of (ii) in de

15 Widmer 2009.

16 Lee & Kirkpatrick 2006.

17 Cf. art. 5 VWEU.

18 Head 2010.

19 Head 2010.

20 Cafaggi & Muir-Watt 2010; Gomez 2009.

21 Commissie 2011a.

beleidsvormende fase van de totstandkoming van een GEKR actief pogingen zijn ondernomen om een ruime hoeveelheid bewijs te verzamelen en te gebruiken als input; en (iii) de noodzaak voor een GEKR op basis van het beschikbare bewijs. Er is voor gekozen om het voorstel voor een GEKR als casestudy te gebruiken omdat dit het voorlopige sluitstuk is van een tienjarig project van de Europese Commissie, waarbinnen een ontzagwekkende hoeveelheid informatie is verzameld en een breed scala aan meningen kenbaar is gemaakt over de wenselijkheid en vormgeving van een dergelijk GEKR.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 biedt de lezer een korte kennismaking met de kernbegrippen en ideeën waar EBP op is gestoeld. Paragraaf 3 biedt een analyse van de drie vragen die hiervoor zijn uiteengezet. Paragraaf 4 bevat een samenvatting van de meest belangrijke bevindingen. We zullen zien dat het voorstel voor een GEKR deels wel en deels niet gezien kan worden als EBP. Dit is zo, omdat sommige beleidskeuzes en materiële regels geen rekening hebben gehouden met relevant bewijs, of dat dit bewijs verkeerd is uitgelegd of toegepast, of omdat niet-relevant bewijs ook is meegenomen in het beleidsvormingsproces en daar een sterke invloed op heeft uitgeoefend. Dit alles leidt tot de conclusie van dit hoofdstuk, waarin kort wordt stilgestaan bij de grenzen en beperkingen van EBP, zowel binnen het privaatrecht als meer in het algemeen.

2 ALGEMENE KWESTIES

2.1 *Wat is bewijs?*

Wat telt als 'bewijs'? Er is geen eenduidige erkende definitie, maar het lijkt algemeen geaccepteerd om als bewijs te zien 'elke systematische poging om de voorraad van kennis te vergroten'.²² Afhankelijk van het domein kan dit slaan op kwantitatieve en kwalitatieve elementen, met inbegrip van van foto's, enquêtegegevens, wetenschappelijke theorieën en publieke verklaringen. Het is belangrijk op te merken dat de vraag 'wat telt als bewijs' bedrieglijk eenvoudig lijkt, maar dat het antwoord daarop fundamentele gevolgen heeft voor het beleidsvormingsproces. Dit is precies omdat de betreffende formaliteit dat iets het label 'bewijs' verdient, fungeert als een soort van poortwachter die bepaalt welke informatie wordt meegenomen in het beleidsvormingsproces en daarmee ook de uitkomst van dat proces beïnvloedt.

Een gerelateerde vraag is wat gezien kan worden als 'geloofwaardig' bewijs.²³ Dit is, zonder twijfel, een andere belangrijke overweging. Het bewijs waarop beleid is gebaseerd, moet streng worden geselecteerd, met name omdat dit beleid brede of fundamentele

²² OECD 1981.

²³ Donaldson et al. 2009.

gevolgen kan hebben. De betrouwbaarheid van het bewijs bepaalt dus mede de effectiviteit van het beleid zelf en de levensvatbaarheid van alternatieven.

Binnen de EBP-literatuur wordt bewijskracht hiërarchisch gestructureerd. Een dergelijke benadering vindt haar oorsprong in de sociale wetenschappen (in het bijzonder de geneeskunde), waar ‘hard’ bewijs de voorkeur geniet boven ‘zacht’ bewijs. Hard bewijs omvat kwantitatieve data verzameld op basis van veldstudies of experimenten, en interview- of vragenlijstenonderzoek. Zacht bewijs omvat kwalitatieve gegevens, zoals de ervaringen, waarden of percepties van politieke of professionele stakeholders.²⁴ De categorische voorkeur voor ‘harde’ vormen van bewijs betekent dat EBP het risico loopt om te weinig waarde te hechten aan bewijs dat valt binnen categorieën lager in de hiërarchie, tot het punt waarbij bepaalde zachte vormen van bewijs zelfs in het geheel niet meer worden meegenomen in het proces. Een dergelijke voorkeursbehandeling van bepaalde categorieën van bewijs wordt om die reden niet algemeen aanvaard en er zijn bijvoorbeeld wetenschappers die waarschuwen dat beleidsmakers er niet voor moeten schuwen om zelf een oordeel te vellen over de betrekkelijke waarde van elk stuk bewijs.²⁵

2.2 *Hoe wordt bewijs gebruikt?*

Een volgend punt van aandacht betreft het gebruik van bewijs in het beleidsvormingsproces. Dit is een belangrijk punt, omdat binnen de EU bewijs in de zin zoals hiervoor aangeduid vaak wordt gebruikt in RIA's voor voorstellen voor wetgevingshandelingen (richtlijnen, verordeningen) en in niet-bindende instrumenten, zoals witboeken en mededelingen.²⁶ In het navolgende wordt eerst in het algemeen gekeken naar de wijze waarop wetenschappelijk bewijs kan worden opgenomen in beleidsvormingsprocessen, alvorens in te gaan op hoe bewijs is gebruikt in de aanloop naar het Ontwerp Gemeenschappelijk Referentiekader (OGR) en in het kader van de *impact assessment* voor het voorstel voor een GEKR.

Algemene opmerkingen

De eerdere discussie over kwantitatief en kwalitatief bewijs en de methodologische kwesties inzake het verzamelen van zulk bewijs, en het fundamentele belang over de betrouwbaarheid van bewijs, vestigen de aandacht op de vraag welk bewijs geschikt is voor gebruik in het Europese beleidsvormingsproces. Het antwoord hierop kan deels gevonden worden door te kijken naar verschillende officiële mededelingen en organen wiens expertise in deze erkend zijn. Hieronder vallen de mededeling van de Europese Commissie over het bijeen-

²⁴ Marston & Watts 2003.

²⁵ Hammersley 2005.

²⁶ Fritsch et al. 2012.

brengen en benutten van deskundigheid²⁷ om een ‘gedegen kennisbasis’ op te zetten en ervoor te zorgen dat ‘adviezen van deskundigen op geloofwaardige wijze worden ingewonnen en benut’ en de mededeling voor een voorstel voor algemene beginselen en minimum-normen voor de raadpleging van betrokken partijen, welke beide zijn aangenomen in 2002.²⁸

Het is vervolgens goed om te kijken naar de verhouding tussen wetenschappelijk onderzoek en beleidsvorming. Het is duidelijk dat deze verschillende doelen nastreven. Wetenschappers zijn, simpel gezegd, gericht op het vergroten van de beschikbare wetenschappelijke kennis door middel van publicaties en leerstoelen. Beleidsmakers zijn gericht op het identificeren en oplossen van maatschappelijke problemen, en op het organiseren en hervormen van onderdelen van de samenleving of de maatschappij als zodanig. Wetenschappers kunnen de opportuniteit van beleidsmakers wantrouwen, terwijl de laatsten de ivoren-torenhouding van de eersten kunnen minachten.²⁹ Een gebrek aan bekendheid met het wetenschappelijk of beleidsmatig proces is hier ook debet aan.³⁰ Daarbij komt, dat niet enkel de doelstellingen en houding van wetenschappers en beleidsmakers verschillen, maar ook de termijnen waarbinnen zij hun werkzaamheden dienen te verrichten. Waar wetenschappers de luxe hebben voor relatief ontspannen gedachte-experimenten, betekenen tijdsdruk en de druk van publieke verantwoording dat beleidsmakers vaak met name geïnteresseerd zijn in ‘sound-bites’ en weinig geduld hebben om het ‘*esoteric material generated by well meaning scientists*’³¹ door te ploegen. Het is belangrijk op te merken dat beide groepen niet noodzakelijkerwijs met elkaar communiceren en daarbij nalaten de ontwikkeling van hun respectievelijke kennisbasis ook in dit opzicht te stimuleren.³²

Kortom, er moeten prikkels zijn om de wetenschappelijke wereld en die van beleidsmakers met elkaar te verbinden. Dit is zo, omdat meer interactie de kansen van wetenschappers verbetert om beleidsgericht onderzoek te verrichten en, vice versa, beleidsmakers stimuleert om meer en beter gebruik te maken van wetenschappelijk onderzoek in hun werk.³³ Er zijn verschillende wijzen waarop een dergelijke verbintenis de afgelopen jaren is gestimuleerd en vorm heeft gekregen.

Hierbij kan onder andere gewezen worden op institutionele veranderingen. Neem bijvoorbeeld het Groenboek over de Europese onderzoeksruimte van DG Onderzoek,

27 Commissie 2001a, 2001b en 2002a.

28 Commissie 2002b.

29 Amara et al. 2004; Ouimet et al. 2009.

30 Lavis et al. 2005.

31 Choi et al. 2005.

32 DG Onderzoek en innovatie, ‘Socio-economic Sciences and Humanities 2008 Scientific evidence for policy-making EUR 22982 EN’, te raadplegen via http://ec.europa.eu/research/era/pdf/era_gp_final_en.pdf.

33 Lavis et al. 2005; Gabbay & Le May 2004.

waarin EBP een centrale plaats wordt toebedeeld, met de belofte om een infrastructuur en omgeving te creëren waarbinnen wetenschappelijk onderzoek kan floreren en beleidsvorming kan verrijken.³⁴ Deze DG heeft tevens richtsnoeren opgesteld over de wijze waarop wetenschappers hun onderzoek het beste beschikbaar kunnen maken voor gebruik in beleidsvorming en hoe beleidsmakers het gebruik van wetenschappelijk bewijs optimaal kunnen stroomlijnen en coördineren.³⁵ Zulke richtsnoeren helpen zowel wetenschappers als beleidsmakers bij het opbouwen van de capaciteit voor dialogen en integratie. Ze helpen beide groepen om een ‘gemeenschap van kennis’ op te zetten door hun verwachtingen en tijdschema’s voor resultaten op elkaar aan te laten sluiten, door mogelijkheden voor een dialoog in het leven te roepen, bijvoorbeeld in het kader van conferenties en netwerken, en vergemakkelijken integratie door middel van programma’s voor de detachering van wetenschappers binnen beleidskringen.

Een andere ontwikkeling die heeft bijgedragen, is de toegenomen vraag van de Unie naar wetenschappelijk onderzoek en dit heeft, samen met een vermindering van nationale financiering van hoger onderwijs in de verschillende lidstaten, ervoor gezorgd dat Europese aanbestedingen een uitermate belangrijke bron van onderzoeksfinanciering zijn geworden.^{36,37}

Dat gezegd hebbende, pogingen tot integratie van wetenschap en beleid verlopen soms moeizaam. Dit weerspiegelt een gebrek aan begrip over het karakter van beleidsprocessen en hoe deze worden uitgevoerd, en misvattingen over de rol van wetenschappers en beleidsmakers in geïntegreerde processen.³⁸ Als gevolg hiervan kan bewijs dat voor tweërlei uitleg vatbaar is, vertaald worden in ondubbelzinnige beleidskeuzes,³⁹ en kunnen politieke belangen het proces ondermijnen. Onverminderd pogingen om te komen tot een vruchtbare en soepel verlopende samenwerking tussen wetenschappers en beleidsmakers is het uiteindelijk zo dat het daadwerkelijk van de grond komen van geïntegreerde beleidsprocessen mede afhankelijk is van factoren zoals tijdsdruk, de wetenschappelijke competenties van de betrokkenen en de politieke invloeden op het beleidsvormingsproces.⁴⁰

Regulatory Impact Assessments (RIAs)

Laten we ons nu richten op het beleidsproces zelf. De empirische onderbouwing van beleidskeuzes op Europees niveau is voor een belangrijk deel te vinden in *regulatory impact assessments*. Voor 2001 bestonden deze, binnen de EU, uit een mengelmoe van rapporten,

34 Commissie 2007; Milani 2009.

35 Ibid.

36 Zie ook Progress in higher education reform across Europe: Funding Reform (http://ec.europa.eu/education/higher-education/doc/funding/sum_en.pdf).

37 Head 2010.

38 Marston & Watts 2003.

39 Boaz & Pawson 2005; Braman 2008.

40 Lagacé et al. 2008; Sharman & Holmes 2010.

verspreid over de verschillende DG's, die tot stand kwamen met gebruikmaking van verschillende methoden en zich richtten op verschillende of overlappende problemen. In opdracht van de Göteborg Europese Raad heeft de Commissie zich ertoe gecommitteerd om de potentiële kosten en baten van alle belangrijke beleidsinitiatieven te beoordelen.⁴¹ Dit heeft geleid tot het consolideren en stroomlijnen van de procedures voor *impact assessments*.⁴²

Sinds deze stroomlijning heeft plaatsgevonden kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee stadia: de voorlopige en de uitgebreide RIA's.⁴³ Voorlopige RIA's zijn vereist voor alle initiatieven voor regelgeving die zijn opgenomen in het jaarlijkse werkprogramma van de Commissie. Zoals de naam reeds aangeeft, schetsen dergelijke RIA's de contouren van een bepaald voorstel: hierin wordt melding gemaakt van de doelstelling(en) die worden nagestreefd, het geconstateerde probleem, de belangrijkste beleidskeuzes, een voorlopige kosten-batenbeoordeling, of een uitgebreide RIA aanbeveling verdient en zo ja, hoe deze moet worden uitgevoerd.

Uitgebreide RIA's behelzen een diepgaand onderzoek naar de sociale, economische en milieutechnische impact van het probleem en de gevolgen van de verschillende beleidskeuzes voor bepaalde of meerdere sectoren.⁴⁴ Deze omvatten de micro- en macro-economische gevolgen, met name in termen van economische groei en concurrentievermogen, met inachtneming van handhavingskosten en administratieve kosten voor bedrijven, alsmede mogelijke veranderingen in handelspatronen en consumentenprijzen. Ten aanzien van de sociale impact is de Europese regelgever verplicht om te onderzoeken wat de gevolgen van alternatieve beleidskeuzes zouden zijn voor naleving van grondrechten, alsmede voor bestaande consumentenrechten en rechten op het terrein van gezondheid en veiligheid. Voor wat betreft milieu moet gekeken worden naar de mogelijke impact op het klimaat en lucht-, water- en bodemvervuiling. Bovendien moeten alternatieve beleidskeuzes worden beoordeeld op basis van hun relevantie voor het onderliggende probleem, hun effectiviteit in het realiseren van beleidsdoelstellingen en de kosten die gepaard gaan met het implementeren van alternatieve keuzes.⁴⁵

RIA's kunnen een belangrijke rol spelen in het helpen om te beslissen of de EU op een bepaald beleidsterrein zou moeten optreden. RIA-rapporten maken duidelijk welke problemen er spelen, wat de mogelijke oplossingen zijn en de kosten en baten van de verschillende vormen van optreden. Er dient op gewezen te worden dat alle Europese RIA's een aparte paragraaf over subsidiariteit dienen te bevatten, waarin moet worden aangetoond – op basis van bewijs – dat de EU over handelingsbevoegdheid beschikt en dat hier in het

41 Commissie 2001c.

42 Commissie 2002c en 2003a.

43 Lee & Kirkpatrick 2006; Renda 2006.

44 Renda 2006.

45 Renda 2006.

onderhavige geval ook gebruik van gemaakt dient te worden. Het Hof van Justitie heeft de noodzaak voor een dergelijke rechtvaardiging voor Europees optreden op een bepaald beleidsterrein *in deze vorm* aangegrepen om te komen tot een strenger rechterlijk toezicht op Europese wetgeving.⁴⁶ Het bewijs dat wordt aangevoerd en geanalyseerd in RIA's is dus niet alleen van belang om te kunnen beoordelen op welke wijze een bepaalde doelstelling het beste kan worden bereikt en om Europees beleid een zekere mate van legitimiteit te verschaffen, zij zorgen er tevens voor dat de beleidsmaker effectief ter verantwoording kan worden geroepen voor zijn beslissingen.

3 HET VOORSTEL VOOR EEN GEKR EN DE BEWIJSBASIS

De oorsprong van het huidige voorstel voor een GEKR kan worden gevonden in een conferentie in 1976 over *'New Perspectives for a Common Law of Europe'*, waar het idee voor een geharmoniseerd Europees burgerlijk wetboek voor het eerst werd geopperd.⁴⁷ Aan deze oproep werd in 1989 en 1994 gehoor gegeven door het Europees Parlement in de vorm van resoluties waarin de Commissie werd opgeroepen om te kijken naar de mogelijkheid om een dergelijk wetboek te ontwikkelen.⁴⁸ Het ontstane politieke momentum werd verder versterkt in 1997 toen tijdens het Nederlands voorzitterschap een conferentie werd georganiseerd over hoe zo'n Europees burgerlijk wetboek eruit zou moeten zien, alsmede in de slotverklaring van de Tampere Europese Raad ten aanzien van de noodzaak om harmonisatie te overwegen *'as regards substantive law (...) in order to eliminate obstacles to the good functioning of civil proceedings'*.⁴⁹ De Commissie ondernam uiteindelijk actie in 2001 met het uitbrengen van een Mededeling over Europees Verbintenissenrecht ('2001 Mededeling').⁵⁰

De 2001 Mededeling luidde een decenniumlang beleidsvormingsproces in op het terrein van het Europees verbintenissenrecht, wat uiteindelijk heeft geleid tot het recente voorstel voor een GEKR. In dit document werd aangegeven dat verschillen in nationaal overeenkomstenrecht kostenverhogend konden werken voor bedrijven en hen kon ontmoedigen om grensoverschrijdend handel te drijven. Daarnaast zouden ook consumenten worden ontmoedigd om in andere EU-lidstaten te kopen.⁵¹ Verschillende oplossingen werden voorgesteld. De Commissie nodigde vervolgens stakeholders uit om te reageren.

De 2001 Mededeling oogstte in totaal 181 reacties afkomstig van politieke actoren, wetenschappers, commerciële en consumentenorganisaties. De tentatieve reacties concen-

46 Craig 2012.

47 Celadnik 2012.

48 Parlement 1989 en 1994.

49 Europese Raad 1999.

50 Commissie 2001d.

51 Wagner 2005.

treerden zich voornamelijk op de aard van juridische diversiteit als een probleem voor het functioneren van de interne markt en, logischerwijs, welke vorm een eventueel Europees optreden zou moeten krijgen.⁵² Volgens de samenvatting van de reacties, zoals beschreven in het Actieplan van de Commissie uit 2003,⁵³ werden de volgende problemen geïdentificeerd: voor wat betreft dwingende bepalingen van consumentenrecht werd gewezen op de incoherentie van het consumentenacquis (met name door de sectorale aanpak, alsmede door een slechte redactie van bestaande Europese rechtsregels op dit gebied) en het falen van de keuze voor minimumharmonisatie. Tevens werd opmerkt dat verschillen tussen de facultatieve bepalingen van het verbintenissenrecht in de Europese lidstaten grote kosten met zich meebrengen voor kleine ondernemingen, omdat zij juridisch advies moeten inwinnen over de inhoud van dergelijke buitenlandse regels en hun transacties hier eventueel op moeten aanpassen, en hierdoor wordt voorkomen dat de ‘actieve consument [die] zijn voordeel wil doen met de mogelijkheden die de interne markt biedt’ dit ook daadwerkelijk kan doen.

Na bestudering van een verscheidenheid aan reacties, kondigde de Commissie in het Actieplan uit 2003 aan dat er voldoende kritische massa was voor verder onderzoek op dit terrein, en stelde voor om de reeds bestaande sectorale aanpak te handhaven en tevens om te kiezen voor een aanpak bestaande uit een mix van niet-regulerende en regulerende maatregelen om de kwaliteit van het acquis te verbeteren. Dit is ook de eerste keer dat de Commissie de suggestie opperde om een Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) te ontwikkelen, waarin gemeenschappelijke beginselen en termen op het gebied van het Europees verbintenissenrecht zijn vastgesteld. Een dergelijk Referentiekader zou, volgens de Commissie, gebruikt kunnen worden om de bestaande nationale wetgeving en beginselen inzake het verbintenissenrecht nader tot elkaar te brengen; om het bestaande acquis te herzien en te stroomlijnen op basis van gemeenschappelijke basisregels en -termen; of als basis dienen voor een Europees facultatief instrument. Het Actieplan uit 2003 leverde een totaal van 124 reacties van stakeholders op.

In het daarop volgende jaar publiceerde de Commissie een mededeling waarin ze uiteenzette welke verdere maatregelen haars inziens nodig waren voor de regulering van het Europees verbintenissenrecht.⁵⁴ In deze mededeling werd voorgesteld om het consumentenacquis te herzien om de consistentie en kwaliteit van bestaande Europese instrumenten op dit terrein te verbeteren, om te komen tot Europese definities van kernbegrippen van het verbintenissenrecht, om de haalbaarheid van een facultatief instrument nader te bestuderen en om te beginnen met de voorbereiding en uitwerking van een Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader (OGRK).

⁵² Weatherill 2005.

⁵³ Commissie 2003b.

⁵⁴ Commissie 2004.

Op dat moment zag het ernaar uit dat het verbintenissenrecht voor de eerste keer grondig zou worden herzien en dat op Europees niveau. Dit bleek echter niet het geval. Er heerste een ander politiek klimaat in 2005.⁵⁵ Er was niet langer sprake van een groot-schalig enthousiasme voor een Europees burgerlijk wetboek, vooral nadat de Nederlandse en Franse kiezers het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa hadden afgewezen. Commissaris Kyprianou kon daarom opmerken dat het project op het terrein van het verbintenissenrecht tegelijkertijd zowel groots als timide was. Het was (te) ambitieus in opzet, maar te traag voor wat betreft de vooruitgang die werd geboekt. De commissaris zag ruimte voor synergieën, maar benadrukte opnieuw dat de prioriteit voor hervorming lag bij het herzien van het consumentenacquis.⁵⁶ Deze druk leidde tot een disjunct tussen de werkzaamheden inzake het consumentenacquis en die welke betrekking hadden op het OGRK. Het Groenboek over de herziening van het consumentenacquis uit 2007 voorzorg in een significante beperking van de omvang van de herzieningsexercitie en verwees niet langer naar voorbereiding en uitwerking van het OGRK. Deze disjunctie is terug te zien in de Richtlijn betreffende Consumentenrechten uit 2011.⁵⁷ Terugkomend op het algemene verbintenissenrecht, in 2008 werd een interim-overzicht van het OGRK uitgebracht.⁵⁸ De definitieve editie van het OGRK – vervat in zes delen met rechtsvergelijkend commentaar – werd in 2010 afgerond en aan de Commissie voorgelegd.⁵⁹

De afsluiting van de voorbereidende fase vormde de impetus voor het Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen uit 2010 (2010 Groenboek).⁶⁰ de Commissie benadrukte dat de verscheidenheid in het contractenrecht binnen de interne markt tot gevolg had dat consumenten en ondernemingen (met name het MKB) werden ontmoedigd om grensoverschrijdend te handelen en kopen, met als gevolg mogelijke mededingingsverstoringen of belemmeringen van het interstatelijk handelsverkeer in de zin van artikel 114 VWEU. De Commissie verklaarde daarom dat het noodzakelijk was voor de EU om op te treden om zo de grensoverschrijdende handel te bevorderen. Zeven verschillende beleidsopties werden besproken, waaronder de publicatie van de resultaten van de deskundigengroep die als inspiratiebron gebruikt zou kunnen worden door de Europese en nationale wetgevers, een interinstitutionele overeenkomst over een ‘instrumentarium’ in het Europees contractenrecht om de kwaliteit van Europese wetgeving te verbeteren, een facultatief Europees instrument voor Europees contractenrecht tot een verordening tot vaststelling van een Europees burgerlijk wetboek. De Commissie verzocht belanghebbenden om hun reactie inzake de wenselijkheid

⁵⁵ Wallis 2006.

⁵⁶ Hesselink 2008; Von Bar 2005.

⁵⁷ Richtlijn 2011/83 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, Pb 2011 L304/64.

⁵⁸ Von Bar & Clive 2008.

⁵⁹ Von Bar & Clive 2009.

⁶⁰ Commissie 2010a.

van de voorgestelde beleidsopties, alsmede om hun standpunt ten aanzien van het materiële en geografische toepassingsgebied van een mogelijk toekomstig Europees instrument. De openbare raadpleging duurde zes maanden en sloot begin 2011 met een totaal van 317 reacties.

Terwijl de openbare raadpleging naar aanleiding van het 2010 Groenboek in volle gang was, werd aan een door de Commissie benoemde deskundigengroep⁶¹ de opdracht gegeven om de Commissie te helpen bij 'het selecteren van de delen van het ontwerp van het gemeenschappelijk referentiekader die van direct of indirect belang zijn voor het contractenrecht, en het herstructureren, herzien en aanvullen van de geselecteerde delen' voor gebruik in een Europees wetgevend instrument. Het volumineuze OGKR werd uiteindelijk teruggebracht tot een haalbaarheidsstudie bestaande uit een honderdtal artikelen. De Commissie besloot opnieuw tot een openbare raadpleging, ditmaal voor de duur van twee maanden.⁶² Dit leidde tot 106 reacties van stakeholders.

Deze reacties op het 2010 Groenboek en de haalbaarheidsstudie in aanmerking nemend, besloot de Commissie op 11 oktober 2011 om een honderd pagina's tellend voorstel voor een verordening voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht uit te vaardigen. Het *chapeau* van dit voorstel beslaat slechts 16 artikelen, terwijl de 186 materiële bepalingen en 2 bijlagen (dat wil zeggen het GEKR) vervat zijn in een bijlage. Daarnaast publiceerde de Commissie een lijvig, 209 pagina's tellende uitgebreide RIA,⁶³ die was gebaseerd op de verschillende enquêtes en reacties die het tijdens het afgelopen decennium had verzameld, inclusief twee enquêtes die speciaal op consumenten en het MKB waren gericht.⁶⁴ Op het moment van schrijven ligt het voorstel bij het Europees Parlement voor de eerste lezing.

Hiermee is een beeld geschetst van het proces dat heeft geleid tot het voorstel voor een GEKR en dit maakt het mogelijk om in de navolgende paragrafen nader in te gaan op de in de inleiding geschetste vragen. De eerste vraag heeft betrekking op het identificeren van de bewijzen die door beleidsmakers zijn gebruikt in het vormgeven van het GEKR en welke bewijzen niet zijn meegenomen in dit proces. Dit maakt het mogelijk voor de lezer om een indruk te krijgen van het soort informatie dat van invloed is geweest op het beleidsvormingsproces (alsmede het soort informatie dat is geweerd). De tweede subparagraaf kijkt naar het gebruik van wetenschappelijk onderzoek in het beleidsvormingsproces, grotendeels gezien vanuit de lens van het proces dat heeft geleid tot het opstellen van het OGKR. De derde paragraaf is gewijd aan de uitgebreide RIA die is opgesteld ter onderbouwing van

61 Commissie 2010b.

62 A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback (mei 2011) (te raadplegen via http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf).

63 Commissie 2011b.

64 http://ec.europa.eu/justice/contract/impact-assessment/survey/index_en.htm.

het voorstel voor een GEKR en gaat na of, en in hoeverre, de noodzaak voor een GEKR daadwerkelijk is gebaseerd op beschikbaar bewijs.

4.1 *Welk bewijs is relevant voor het voorstel voor een GEKR?*

Het spreekt voor zich dat de Commissie verplicht is, onder Europees recht, om ervoor te zorgen dat zij voldoet aan haar wettelijke verplichtingen voortvloeiend uit artikel 5 VEU, namelijk, dat ze beschikt over een handelingsbevoegdheid op het desbetreffende beleids-terrein (dat wil zeggen dat er een rechtsbasis kan worden geïdentificeerd), en of deze bevoegdheid inderdaad dient te worden uitgeoefend. Wanneer aan één van deze juridische eisen niet is voldaan, kan het gebeuren dat de Raad en het Europees Parlement besluiten om niet over te gaan tot het aannemen van de verordening inzake het GEKR dan wel dat het Hof van Justitie kan besluiten om een dergelijk verordening te vernietigen.

De kwestie van bevoegdheid van de EU om wetgevend op te treden op het gebied van het verbintenissenrecht is en blijft zeer omstreden en controversieel.⁶⁵ Het is hier niet nodig om alle mogelijke rechtsbases na te lopen,⁶⁶ zeker nu het voorstel voor een GEKR gebaseerd is op artikel 114 VWEU. Met het oog op *Tobacco Advertising*⁶⁷ en daaropvolgende rechtspraak,⁶⁸ moest de Commissie inter alia aantonen dat de huidige verscheidenheid aan nationale wetgeving inzake het contractenrecht bijdroeg aan toekomstige belemmeringen van het handelsverkeer of als deze verscheidenheid verstoringen van de mededinging tot gevolg kan hebben, en het voorstel voor een GEKR moet aantoonbaar bijdragen aan het voorkomen of opheffen van zulke belemmeringen.⁶⁹ Hierdoor is onder andere vereist dat de Commissie in kaart brengt op welke wijze nationale wetgevingen inzake het verbintenissenrecht van elkaar verschillen.

Indien een rechtsbasis gevonden kan worden, moet de EU ook aantonen dat de maatregel in overeenstemming is met de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Protocol No 2 betreffende de toepassing van deze beginselen⁷⁰ vereist dat de Commissie 'brede raadplegingen' houdt en rekening houdt met 'de regionale en lokale dimensie van het

⁶⁵ Weatherill 2005; Gutman 2011; Low 2012.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Zaak C-376/98, Duitsland/Europees Parlement en Raad (*Tabaksreclamerichtlijn*), Jur. 2000, I-8419.

⁶⁸ Bijvoorbeeld zaak *The Queen/Secretary of State for Health ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*, Jur. 2002, I-11453; gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01 *Rechnungshof/Osterreichischer Rundfunk en anderen en Christa Neukomm en Joseph Lauermann/Osterreichischer Rundfunk*, Jur. 2003, I-4989; zaak C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG/Landrat des Kreises Herford*, Jur. 2004, I-11825; zaak C-210/03, *The Queen op verzoek van Swedish Match AB en Swedish Match UK Ltd/Secretary of State for Health*, Jur. 2004, I-11893. Zie verder Weatherill 2011.

⁶⁹ Cf. *Tabaksreclamerichtlijn*.

⁷⁰ Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid (Protocol No 2) C 310/207.

beoogde optreden'.⁷¹ Alle nieuwe Europese wetgevingshandelingen moeten worden gemotiveerd in het licht van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, en de conclusie dat bepaalde doelstellingen beter door de EU kunnen worden gerealiseerd, moeten worden gestaafd door 'kwalitatieve en, zo mogelijk, kwantitatieve indicatoren'.⁷²

Het is opvallend dat noch de 2001 Mededeling noch latere Mededelingen expliciet melding maken van een mogelijke rechtsbasis of ingaan op de verenigbaarheid van de daarin genoemde mogelijke maatregelen met de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit. De Commissie was terughoudend ten aanzien van de kwestie van het bestaan van een handelingsbevoegdheid onder de Europese Verdragen, deels vanwege haar recente nederlaag in *Tabaksreclamerichtlijn* en deels omdat ze van mening was dat het onverstandig zou zijn om een dergelijke constitutionele kwestie nadrukkelijk over het voetlicht te brengen voordat de mogelijke problemen en oplossingen ten aanzien van de interne markt waren uitgekristalliseerd.⁷³ Dit verklaart mogelijk ook waarom de mogelijkheid van een facultatief instrument enkel behoedzaam werd genoemd in het Actieplan uit 2003: tegen 2007 had de Commissie echter zodanig veel bewijs verzameld dat de verscheidenheid aan nationale wetgevingen op het gebied van het verbintenissenrecht problematisch was voor het functioneren van de interne markt en informatie ingewonnen over de aantrekkelijkheid van de mogelijke beleidskeuzes vanuit het perspectief van de stakeholders, dat ze in staat was om een rapport te publiceren over mogelijke rechtsbases in de Verdragen voor precies zo'n facultatief instrument.⁷⁴

Dit het geval zijnde, was (en is) er weinig twijfel dat één van de belangrijkste beweegredenen voor de Commissie haar voortdurende openbare raadplegingen van stakeholders en het houden van enquêtes over het functioneren van de interne markt verband hield met de wens zich ervan te vergewissen dat er voldoende bewijs was voor het bestaan van een handelingsbevoegdheid op het terrein van het Europees contractenrecht en, meer in het bijzonder, dat het bevoegd was onder de Verdragen om een dergelijke bevoegdheid uit te oefenen door een voorstel voor een GEKR in te dienen bij de Raad en het Europees Parlement.⁷⁵

Wat wordt beschouwd als 'bewijs' in het kader van het voorstel voor een GEKR?

Gedurende het gehele proces was de Commissie bezig met het verzamelen van zowel kwantitatief als kwalitatief bewijs ten aanzien van een tweetal kwesties, welke het onderwerp vormen van deze paragraaf. Tevens zullen we hierna en in de volgende paragraaf ingaan

71 Art. 2 van Protocol No 2.

72 Art. 5 van Protocol No 2.

73 Weatherill 2001.

74 Hesselink et al. 2007.

75 Weatherill 2004.

op de vraag wat werd beschouwd als ‘bewijs’ inzake beide kwesties en welke gevolgen dit heeft gehad voor het beleidsvormingsproces dat uiteindelijk heeft geresulteerd in het voorstel voor een GEKR.

De eerste kwestie was beleidsmatig in origine en had betrekking op vragen zoals of de verscheidenheid aan nationale wetgevingen inzake verbintenissenrecht leidt tot overmatige transactiekosten en consumenten ontmoedigt om grensoverschrijdend te kopen, alsmede of het ingrijpen van de EU noodzakelijk is en zo ja, welke vorm een Europees instrument voor contractenrecht het beste kan aannemen. De kwantitatieve gegevens die de Commissie voor deze doeleinden verzamelde, kwamen voornamelijk van Flash en Eurobarometer-enquêtes gericht respectievelijk op de visie van consumenten en ondernemingen ten aanzien van grensoverschrijdende transacties, met inbegrip van eventuele problemen waar deze groepen tegenaan liepen.⁷⁶ De uitgebreide RIA behorend bij het voorstel voor een GEKR was deels gebaseerd op twee speciaal uitgevoerde onderzoeken.⁷⁷ Eén van deze onderzoeken is de ‘*Clifford Chance survey of business attitudes*’,⁷⁸ waarin werd geprobeerd om de gevoeligheid van bedrijven voor verschillen en een eventuele harmonisatie van toepasselijke regelgeving nader in kaart te brengen. Voor kwalitatieve data baseerde de Commissie zich voornamelijk op de uitkomsten van de verschillende openbare raadplegingen genoemd in de vorige paragraaf.

De tweede kwestie had betrekking op de materiële regels van het verbintenissenrecht. De Commissie onderzocht de bestaande materiële regels die de lidstaten en de EU hebben vastgesteld op het gebied van het overeenkomstenrecht (waarbij de EU-wetgeving met name betrekking had op consumentenrecht) en boekte zo behoorlijke vooruitgang in de hervorming van het Europees contractenrecht. De Commissie maakte hierbij dankbaar gebruik van (juridische) wetenschappers, zowel binnen de context van het OGKR-proces, als door het uitschrijven van aparte aanbestedingsprojecten inzake deze kwestie.⁷⁹ De Commissie zette tevens *focus groups* op, waarin advocaten, bedrijfsjuristen en andere juridische deskundigen bijeen werden gebracht en zo een bijdrage aan het beleidsvormingsproces konden leveren, en op deze manier maakte de Commissie tevens communicatie tussen de nationale praktijk en de wetenschap mogelijk. De aldus verzamelde gegevens

76 Zie Flash EB 299 on Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection (maart 2011) uitgevoerd op verzoek van DG SANCO (http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/consumer_eurobarometer_2011_en.pdf), Flash EB 299a on Attitudes towards cross-border trade and consumer protection (2011) uitgevoerd op verzoek van DG SANCO (http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_299a_en.pdf), Flash EB 320 European contract law in business-to-business transactions (2011) (uitgevoerd op verzoek van DG JUST) (http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_320_en.pdf), en Flash EB 321 on European contract law in consumer transactions (2011) (uitgevoerd op verzoek van DG JUST) (http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_321_en.pdf).

77 Het MKB-panel en het European Business Test Panel. http://ec.europa.eu/justice/contract/impact-assessment/survey/index_en.htm.

78 Vogenauer & Weatherill 2005.

79 DLA Piper 2006; Schulte-Nolke et al. 2008.

zijn belangrijk voor zover deze aantonen in welk opzicht en in hoeverre de nationale rechtsstelsels van elkaar verschillen en, voor wat betreft consumentenrecht, in welk opzicht het bestaande geheel aan regels als incoherent of gefragmenteerd kan worden beschouwd. De gegevens stelde beleidsmakers tevens in staat om gemeenschappelijke regels en beginselen te identificeren en ervoor te zorgen dat de voorgestelde Europese regels zo goed mogelijk aansloten bij de behoeften van de rechtspraak.

Hierna wordt ingegaan op de gevolgen van de gemaakte keuzes inzake de wijze van informatie- en bewijsvergaring.

Als eerste is het goed om te benadrukken dat op basis van de voorgaande paragrafen kan worden geconcludeerd dat de Commissie er goed aan heeft gedaan om brede openbare raadplegingen te organiseren volgend op de publicatie van elk belangrijk beleidsdocument. De meest belangrijke belanghebbenden konden zo hun stem laten horen tijdens deze raadplegingen, waaronder consumenten en consumentengroeperingen, prominente politici en wetenschappers en nationale regeringen. Dit duidt erop dat er een brede, in plaats van een vrij smalle, bewijsbasis werd geconstrueerd op basis waarvan de Commissie vervolgens haar beleidskeuzes kon maken.

Zoals aangetoond in de vorige paragraaf, heeft de Commissie een deel van de feedback die zij heeft verzameld tijdens zulke openbare raadplegingen opgenomen in beleidsdocumenten van latere datum. Een analyse van de reacties op de Mededeling uit 2001 maakt het bijvoorbeeld mogelijk voor de Commissie om haar aandacht te concentreren op een tweetal mogelijke beleidsopties in het Actieplan uit 2003. De input verzameld tijdens de raadpleging naar aanleiding van de Mededeling uit 2004 was voor de Commissie aanleiding om de omvang van het OKGR-proces te beperken en zich met name te richten op de herziening van het consumentenacquis. De reacties van met name politieke actoren zorgde ervoor dat de Commissie plannen voor een Europees burgerlijk wetboek liet varen en zich in plaats daarvan concentreerde op de mogelijke invoering van een facultatief instrument.

Dat gezegd hebbende, en hoewel de Commissie gevoelig lijkt voor de mening van het publiek voor wat betreft bepaalde kwesties, zoals de vorm en impact van maatregelen op Europees niveau (bijvoorbeeld door een Europees burgerlijk wetboek uit te sluiten), wordt niet geheel duidelijk op basis van welke criteria de Commissie besloot tot het gebruik van bepaalde stukken bewijs. Dit kan de Commissie blootstellen aan beschuldigingen dat ze selectief is in de samenstelling van de bewijsbasis op grond waarvan het beleidsvormingsproces wordt vormgegeven en de keuze wordt gemaakt bepaalde opties nader te bestuderen.

Voor wat betreft het opstellen van materiële rechtsregels op Europees niveau is een ander positief punt dat deze als zodanig niet volledig zijn gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek. Dit punt werd hiervoor kort aangestipt en wordt in meer detail uitgewerkt in de volgende paragraaf, maar hier kan reeds gezegd worden dat de Commissie besloot tot de oprichting van een GEKR-net en een Stakeholders Expert Group, waarin praktijkjuristen, nationale deskundigen en grote belangengroepen bijeen werden gebracht als tegenhangers

van respectievelijk CoPECL (verantwoordelijk voor het OGKR) en de deskundigengroep (belast met de haalbaarheidsstudie).⁸⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat de Commissie niet enkel is geïnteresseerd in het verwerken van puur wetenschappelijk onderzoek in haar beleidsvormingsproces, maar tevens in de praktische kennis van praktijkjuristen en anderen die zich dagelijks met grensoverschrijdende handelspraktijken bezighouden. In de RIA behorend bij het voorstel voor een GEKR wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat *'the advice of the key stakeholder expert group was taken into account in order to ensure that the rules of [CESL] were user-friendly and practical'*.⁸¹ Zoals we in de volgende paragraaf zullen zien, zijn er echter ook problemen geweest in het combineren van wetenschappelijke en praktische kennis, zodat de succesvolle integratie van beide soorten kennis in het beleidsmakingsproces in vraag kan worden gesteld.

Wat wordt niet beschouwd als 'bewijs' in het kader van het voorstel voor een GEKR?

Nadat we gekeken hebben naar welk bewijs in aanmerking is genomen in het beleidsvormingsproces, is het tevens van belang om stil te staan bij de vraag wat voor soort bewijs niet is meegenomen in dat proces. Het kan dan gaan om bewijs waarmee de beleidsmakers liever niet van doen hebben (om wat voor reden dan ook) en wat daarom wordt begraven, creatief wordt (weg)geïnterpreteerd of simpelweg genegeerd. Daarnaast kan het gebeuren dat bepaalde relevante informatie niet wordt meegenomen als gevolg van de wijze waarop de beleidsvergaring heeft plaatsgevonden of wat de beleidsmakers als 'bewijs' kwalificeren.

Bij wijze van voorbeeld, een potentiële fout in het proces dat heeft geleid tot het voorstel voor een GEKR is het nalaten van de Commissie om ook empirisch gedragsonderzoek mee te laten wegen. Deze ommissie kan ernstige gevolgen hebben voor zowel de te maken beleidskeuzes als voor de vormgeving van de materiële rechtsregels.

In termen van beleidsdoeleinden en oplossingen (in de vorm van het voorstel voor een GEKR) is het nuttig de Commissie haar aanname dat diversiteit in nationale contractenregimes leiden tot te hoge transactiekosten voor bedrijven en consumentenvertrouwen schaden, met negatieve gevolgen voor de grensoverschrijdende handel, in herinnering te roepen. De Commissie neemt aan dat een facultatief instrument zoals het GEKR zulke gevolgen teniet kan doen, doordat het rationeel is voor bedrijven om te kiezen voor het rechtsregime dat hen het beste in staat stelt om grensoverschrijdende transacties te laten plaatsvinden in de interne markt. Deze redenering is impliciet gebaseerd op rationale economische veronderstellingen over hoe bedrijven en consumenten zich gedragen. Inzichten uit empirisch gedragsonderzoek (dat deels stoelt op inzichten uit de psychologie) tonen echter aan dat het werkelijke gedrag van actoren systematisch afwijkt van zulke rationale verwachtingspatronen. Eerder onderzoek op het specifieke terrein van het

⁸⁰ De klankbordgroep werd ook geraadpleegd tijdens de voorbereidingen voor de uitgebreide impact assessment.

⁸¹ Uitgebreide RIA, 60.

Europees contractenrecht laat zien dat de diversiteit in nationale rechtsregimes een minder groot probleem is dan de Commissie insinueert,⁸² en dat een facultatief instrument minder populair kan zijn dan verwacht of gehoopt.⁸³

Deze omissie komt ook duidelijk naar voren als we kijken naar het opstellen van de materiële rechtsregels, met name die inzake consumentenbescherming.⁸⁴ Dit is zo ongeacht het feit dat er een groeiende hoeveelheid wetenschappelijke publicaties is op het terrein van empirisch gedragsonderzoek en dat een benadering die dergelijke empirische inzichten meeweegt tevens de aandacht en zelfs de goedkeuring van de Commissie zelf heeft.⁸⁵ De reden voor de afwezigheid van dergelijke inzichten is wellicht dat slechts weinig of geen van de betrokkenen in het proces dat heeft geleid tot het OGKR bekend is met de gedragsmatige benadering. Wellicht kan hen dit ook niet verweten worden, aangezien er op dit moment slechts weinig Europese rechtsgeleerden zijn die vertrouwd zijn met dit terrein.⁸⁶ Degenen die zich bezighouden met dit onderwerp hebben de uitkomsten van hun onderzoek niet gedeeld met beleidsmakers, ofwel door zichzelf een rol proberen te geven in het OGKR-proces, ofwel door deel te nemen aan de verschillende openbare raadplegingen.

Wat het ook is, noch de Commissie noch de opstellers van het OGKR kunnen het zich veroorloven om bewijs te negeren

'from the outside world that policy measures are trying to influence in pursuit of one or other normative goal. This implies that the experimental literature, together with the rest of the empirical evidence – based on data on real-world contracting behaviour – is not irrelevant for the design of the optimal toolkit, in the present European context, for 21st century consumer markets. Policy makers ignore empirical evidence at their peril, and this shortcoming can be detected in the approach taken by the DCFR [het Gemeenschappelijk Referentiekader]'.⁸⁷

4.2 *Het gebruik van wetenschappelijk onderzoek in het voorstel voor een GEKR*

CoPECL en de Commissie: een moeizame relatie

De wetenschap heeft zich vanaf het begin actief beziggehouden met vraagstukken aangaande het Europees contractenrecht. Een ruime minderheid van de omvangrijke reacties die de

82 Low 2010.

83 Low 2012; 2013.

84 Luth & Cseres 2010.

85 Low 2010.

86 Incardona & Poncibo 2007.

87 Gomez 2009.

Commissie mocht ontvangen op haar Mededeling uit 2001 en het Actieplan uit 2003 waren afkomstig van rechtsgeleerden. Nadat zij aanvankelijk een voornamelijk passieve rol speelden in het Europese beleidsvormingsproces, werden rechtsgeleerden vanaf de publicatie van de 2004 Mededeling meer actief bij dit proces betrokken. Zoals eerder vermeld, had de Commissie geopperd om een Gemeenschappelijk Referentiekader op te stellen, dat een verscheidenheid aan functies zou kunnen vervullen – en deze taak zou het beste vervuld kunnen worden door degenen die belast zijn met het onderwijzen van en doen van onderzoek naar overeenkomstenrecht.

De Commissie heeft vervolgens besloten om aan een pan-Europees academisch netwerk, bestaande uit praktijkjuristen, wetenschappers, bedrijven en consumentenorganisaties, subsidie te verlenen om voorbereidend rechtswetenschappelijk onderzoek uit te voeren met het oog op de vaststelling van zo'n Gemeenschappelijk Referentiekader.

Het grootste deel van het werk werd toevertrouwd aan een netwerk van academici (genaamd CoPECL), dat zelf de coördinatie verzorgde tussen twee hoofdgroepen, te weten de penvoerders enerzijds en een klankbordgroep anderzijds. De penvoerdersgroep bestond op haar beurt enerzijds uit de *'Study Group on a European Civil Code'* (de studiegroep), de opvolger van de Lando Commissie die de *Principles of European Contract Law* had gemaakt, en was belast met het in kaart brengen van de relevante nationale rechtsregels en het op basis van de aldus verworven kennis beginselen formuleren van Europees contractenrecht. De penvoerdersgroep omvatte tevens de *'Research Group on EC Private Law'* (de acquis groep), die tot taak had om uit de bestaande EU-regelgeving relevante beginselen te destilleren. De studiegroep en de acquisgroep hadden tot doel om te komen tot een inventarisatie van gemeenschappelijke beginselen en normen op het gebied van het contractenrecht, hoewel de prioriteit lag bij de herziening van het consumentenacquis met het oog op eventuele hervormingen.⁸⁸ Voor wat betreft de klankbordgroepen was de Association Henri Capitant verantwoordelijk voor de culturele en filosofische onderbouwing van de materiële rechtsregels; terwijl de *Economic Impact Group* de economische gevolgen van de voorgestelde regels voor het functioneren van de interne markt bestudeerde en het *Trento Common Core of European Private Law Project* casestudies uitvoerde over de toepasbaarheid en bruikbaarheid van de regels die door de penvoerders werden voorgesteld.

De Commissie besloot tevens tot de oprichting van een zogenoemd GRK-net, een groepering van meer dan 180 deskundigen uit de verschillende lidstaten, beoefenaars van juridische beroepen, academici, het bedrijfsleven en consumentenorganisaties.⁸⁹ Leden van het GRK-net en van CoPECL hadden regelmatig contact met elkaar tijdens workshops, waar laatstgenoemden hun ontwerpregels voorlegden aan eerstgenoemden voor commen-

⁸⁸ Beale 2006.

⁸⁹ Een overzicht van de leden van het GRK-net is te vinden op: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cfr_net_members_en.pdf.

taar en suggesties. Zij troffen elkaar ook tijdens de jaarlijkse Europese Discussiefora die werden gehouden tussen 2005 en 2006.

Het doel van het GRK-net was in de eerste plaats om input te leveren bij de start van het wetenschappelijk onderzoek dat de basis zou vormen voor het opstellen van het GRK door te wijzen op de meest pregnante problemen die aandacht verdienden en, in de tweede plaats, door de penvoerders tijdens hun werkzaamheden te steunen en sturen door middel van praktisch commentaar. Na elke workshop stelde de Commissie een rapport op waarin de belangrijkste beleidskwesties werden opgesomd en waarin melding werd gemaakt van het commentaar en de bijdragen van leden van het GRK-net in reactie op de ontwerpen van CoPECL-penvoerders en de reactie van laatstgenoemden op de suggesties van de GRK-net leden.⁹⁰ CoPECL werd geacht om binnen zes maanden te reageren door de aanbevelingen van het GRK-net over te nemen of door deze af te wijzen, met opgaaf van redenen. In dit kader dient erop gewezen te worden dat *'policy decisions should be clearly identified and explained, in particular in the researchers' outline and in the comments linked to the draft rules'*. Deze instructie was bedoeld om ervoor te zorgen dat het vaststellen van de materiële rechtsregels gericht was op het oplossen van problemen en om te voorkomen dat de academici hun werkzaamheden los van de realiteit van de interne markt zouden uitvoeren.⁹¹

Zoals reeds vermeld werd de voorlopige versie van het Gemeenschappelijk Referentiekader gepubliceerd in 2008. Gedurende dat jaar begonnen klankbordgroepen zoals de *Economic Impact Group* en de *Common Core Evaluating Group* met hun analyse van dit document en formuleerden standpunten die CoPECL vervolgens kon gebruiken in het vaststellen van de definitieve tekst.⁹² Hier kan worden opgemerkt dat de klankbordgroepen werden belemmerd in de vervulling van de aan hen opgedragen taak, doordat de interim-editie zonder nadere toelichting en slechts gedeeltelijk was gepubliceerd. De definitieve versie van het Gemeenschappelijk Referentiekader uit 2010 bevatte bijvoorbeeld hoofdstukken over schenking, zekerheidsrechten ten aanzien van roerende zaken en regels inzake eigendom welke ontbraken in de interim-editie uit 2008.

Het gebrekkige gebruik van wetenschappelijk onderzoek in het kader van het voorstel voor een GEKR

Er kunnen verschillende opmerkingen gemaakt worden over de wijze waarop wetenschappelijk onderzoek is verwerkt in het proces dat uiteindelijk heeft geleid tot het voorstel voor een GEKR.

⁹⁰ Commissie 2005.

⁹¹ Somma 2009.

⁹² Larouche & Chirico 2010; Antonioli & Francesca 2011.

Ten eerste, het aanbestedingsproces voor de financiering van het internationale academische netwerk dat voorbereidend juridische onderzoek uitvoerde, was niet geheel objectief. Von Bar zelf heeft toegegeven dat de Commissie

'paid no heed to [the evaluation of the tender], in the same way as the content of the entire evaluation did not concern them too much. What was important was only the end result. Thus, and this I understood far too late, we were part of an attempt to siphon monies out of the well-stocked research budget into the meagre budget of the Internal Market and Consumer Protection departments'.⁹³

Met andere woorden, Von Bar heeft zich wellicht achteraf gerealiseerd dat hij en zijn academisch gedachtenexperiment werden ingezet als 'huurlingen' voor een vooraf reeds bepaalde doelstelling die de Commissie hoe dan ook wilde realiseren. Dit enkele feit is niet voldoende om te concluderen dat het gehele beleidsvormingsproces op het terrein van het Europees contractenrecht niet *policy-based* was, maar het suggereert het instrumentele gebruik van EBP, niet enkel om bepaalde inhoudelijke beleidskeuzes te rechtvaardigen, maar ook om de politieke verhoudingen tussen verschillende DG's van de Commissie te beïnvloeden. Dit kan ertoe leiden dat het wantrouwen tussen wetenschappers en beleidsmakers wordt versterkt en pogingen om beide groepen nauwer met elkaar in contact te brengen worden ondermijnd.

Ten tweede, het algemene verschil in de houding van wetenschappers en beleidsmakers ten aanzien van tijdsdruk bleek ook duidelijk tijdens het opstellen van het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader. Bij de aanbesteding van het OGRK, was het uitgangspunt dat er een behoefte bestond aan onderzoek over algemene beginselen van contractenrecht, vergelijkbaar met het werk dat reeds was verricht door de Commissie Lando. Echter, bij de start van de werkzaamheden was de omvang van het OGRK bijgesteld in het licht van de Mededeling uit 2004 en de nadruk die daarin werd gelegd op herziening van het consumentenacquis. Von Bar was verre van gelukkig met deze (late) wijziging in de omstandigheden waarbinnen hij en zijn team werden geacht om hun werkzaamheden uit te voeren:

'We ourselves had not only a different timescale but also an entirely different approach to the project; indeed, we wanted to postpone the revision of the PECL, and the working in of the acquis, to a time when we would have completed addressing those matters that we ourselves wanted to deal with. Instead, we experienced a short time later keen awareness that we would be constrained by the [contract tender] to accept that we would deliver the [DCFR] by the end of

93 Von Bar 2005.

2007. Suddenly everything had to happen all at once. The motivation was and is, as one says, political: either it happens now, during the term of office of the Barroso Commission, or never.'

Deze quote legt niet enkel de spanning bloot tussen het belang van academici in het opstellen van regels van algemeen contractenrecht en het belang van hun opdrachtgevers om met name te kijken naar bepalingen inzake consumentenrecht. De quote toont tevens aan dat politieke druk duidelijk van invloed is geweest tijdens de fase van bewijsvergaring.⁹⁴

Het derde punt heeft te maken met de opzet van het proces van het opstellen van het OGRK. Het simpele feit dat het onderzoek en het vaststellen van contractrechtelijke regels werd overgelaten aan de wetenschap zorgde ervoor dat een enorme bron van kennis werd aangeboord, die tot op dat moment niet voldoende benut werd in het beleidsvormingsproces. Dit is prijzenswaardig. Tegelijkertijd werd ook gebruiktgemaakt van andere kennisbronnen. De oprichting van het GRK-net zorgde ervoor dat de inbreng van de belangrijkste belanghebbenden ook kon worden meegenomen in de vormgeving van de bepalingen en zorgde ervoor dat het specifieke bewijs aangeleverd door deze groepen een meer significante rol in het gehele proces speelde dan wanneer zij hun visie enkel in het kader van openbare raadplegingen naar voren hadden kunnen brengen. Dit is vergelijkbaar met de prijzenswaardige rol die werd gespeeld door de deskundigengroep, die tot taak had om het zeer uitgebreide OGRK terug te brengen tot een meer behapbare haalbaarheidsstudie.

Dat gezegd hebbende, ondanks lovenswaardige pogingen om academici (CoPECL) en de juridische praktijk (GRK-net) met elkaar in contact te brengen, blijkt dat dit is uitgevoerd op een wijze die belastend was voor het gehele beleidsvormingsproces en leidde tot onproductieve onenigheden. Het belang om beide groepen bijeen te brengen werd niet even sterk gevoeld door alle betrokken partijen en lidstaten, hetgeen resulteerde in ongelijkheden als wordt gekeken naar het representatieve karakter van de CoPECL en het GRK-net en een vaak gehoorde kritiek is dat er feitelijk gezien sprake was van een oververtegenwoordiging van Duitse wetenschappers en praktijkjuristen.

Daarbij kwam, dat er geen voorbereidende bijeenkomsten werden georganiseerd om de communicatie tussen beide groepen te vergemakkelijken, en de lancering van een door de Commissie gesponsorde website die dit doel nastreefde liep de nodige vertraging op. Het was dus nodig om behoorlijk wat tijd te investeren in algemene discussies, om ervoor te zorgen dat beide groepen een gezamenlijk vertrekpunt voor verdere discussies hadden. Tijdens latere bijeenkomsten bleek dat belanghebbenden het vervelend vonden dat zij werden geconfronteerd met semi-complete ontwerp teksten, omdat zij zo het gevoel kregen dat zij niet betrokken werden in het daadwerkelijk vaststellen van de rechtsregels. Zij waren tegelijkertijd ook niet gelukkig om gevraagd te worden commentaar te leveren op teksten

94 Von Bar 2005.

die duidelijk ‘work-in-progress’ waren, omdat deze als zodanig voorlopig in opzet werden beschouwd dat ze eigenlijk niet tot zinvolle discussie konden leiden. *‘[S]o at the beginning there was a hellish mess that appeared to be very dangerous, so dangerous in fact that I was worried that the entire project would be whipped away in the wind’.*⁹⁵

In het specifieke geval van de casestudy die centraal staat in dit hoofdstuk, hebben beleidsmakers er waarschijnlijk bewust voor gekozen om niet in te grijpen nadat de hiervoor genoemde zorgen onder hun aandacht waren gebracht. Het faciliteren van communicatie tussen academici en beoefenaren van de juridische praktijk leek te worden overgelaten aan een gerenommeerde rechtsgeleerde – maar desalniettemin aan een *wetenschapper*. Von Bar was duidelijk van mening dat hij alles had gedaan wat hij kon om dit communicatieproces zo soepel mogelijk te laten verlopen en dat de Commissie een meer proactieve rol had moeten spelen in het voorkomen van conflicten en het vergemakkelijken van informatie-uitwisseling en kennisoverdracht tussen beide groepen. Een dergelijke houding lijkt inderdaad in overeenstemming met de geest van de richtsnoeren van DG Onderzoek voor wetenschappers en beleidsmakers over hoe zij het beste hun onderzoek en wederzijdse verwachtingen aan elkaar kenbaar kunnen maken.⁹⁶

Ten vierde is de methodologie van het OGRK zeer hevig bekritiseerd en dit schaadt mogelijk de geloofwaardigheid van dit instrument als een wetenschappelijke – en neutrale – poging om regelgeving vast te stellen. Wat dit punt betreft, worden twee argumenten naar voren gebracht.

Een probleem dat het gehele proces eigenlijk van het begin heeft achtervolgd is dat het lidmaatschap van het comité belast met de coördinatie van dit grote project was gebaseerd op de uitnodiging van de leiders van het project en dat veel van de uiteindelijke regels van het OGRK dus niet per se de beste oplossing voor een bepaalde kwestie van contractenrecht waren en niet waren gebaseerd op een rechtsvergelijkende analyse van de relevante nationale rechtsregels, maar eerder *‘the expression of the views of a predominated self-selecting group of (principally academic) jurists from across Europe (and, predominantly, Western Europe)’* wareb.⁹⁷ De penvoerders waren in staat om hun werkzaamheden op deze manier te organiseren, omdat noch de Commissie noch de andere Europese instellingen duidelijk hadden aangegeven wat aanvaardbaar en wat ontoelaatbaar was in het opstellen van een OGRK.

Een verwante kwestie heeft betrekking op wat sommigen ‘methodologisch nationalisme’ noemen of, met andere woorden, hoe iemands juridische en culturele achtergrond tot gevolg kan hebben dat pogingen om niet-nationale rechtsregels op te stellen onbewust worden gedwarsboomd.⁹⁸ De oorzaak moet ook hier gezocht worden in de vrijheid waarmee

⁹⁵ Von Bar 2005.

⁹⁶ DG Onderzoek en innovatie, ‘Socio-economic Sciences and Humanities 2008 Scientific evidence for policy-making EUR 22982 EN’.

⁹⁷ Antonioli & Francesca 2011.

⁹⁸ Smits 2009.

de betrokken wetenschappers in staat waren om het project vorm te geven. Ondanks het gebruik van een rechtsvergelijkende methode om informatie te verzamelen om zo te kunnen achterhalen in hoeverre nationale rechtssystemen inzake contractenrecht overeenkomsten vertonen, kan worden gezegd dat de penvoerders *'disregarded one of the most important lessons taught by comparative law, namely, the need to consider the operative dimension of the law and the relevance of meta-legal factors in any law making process'*.⁹⁹

Ten vijfde vond het daadwerkelijk formuleren van de OGRK-regels grotendeels achter gesloten deuren plaats tot de publicatie van de voorlopige versie in 2008 en de definitieve versie in 2010 en de reïncarnatie van de OGRK-regels in zowel de haalbaarheidsstudie als in het voorstel voor een GEKR. Dit betekent dat enkel diegenen die officieel een rol werd toebedeeld bij machte waren om invloed uit te oefenen op het proces van bewijsvergaring en het opstellen van de beginselen, definities en modelbepalingen vervat in het GEKR. Het Europees Parlement werd bijvoorbeeld gemarginaliseerd en deze instelling heeft hier herhaaldelijk zijn beklag over gedaan.¹⁰⁰

De delegatie van het penvoerderschap aan academici stelt de Commissie mogelijk in staat om zich te verdedigen tegen beschuldigingen dat het ongeoorloofde invloed te berde heeft gebracht op wat een neutrale taak zou moeten zijn: het identificeren van die regels die optimaal bijdragen aan het goed functioneren van de interne markt. Het opstellen van technische regels vereist nu eenmaal technische expertise, zo kan worden gedacht. Op grond van deze redenering kan worden gezegd dat het Europees Parlement dan ook niet in de gelegenheid zou moeten worden gesteld om zijn invloed te doen gelden tijdens dit proces. Anderzijds voeren het Parlement en zijn medestanders aan dat het misleidend is om regels van contractenrecht als zuiver technische regels te karakteriseren, omdat deze betrekking hebben op gevoelige sociale en politieke kwesties, zoals hoe welvaart verdeeld dient te worden binnen een bepaalde samenleving of hoeveel bescherming de economisch zwakkere contractsluitende partij verdient.¹⁰¹ Het OGRK bevat dus waardeoordelen (net zoals dit geldt voor de meeste wetgeving) en dit wordt ook met zoveel woorden aangegeven in de inleiding en is tevens erkend door één van de centrale penvoerders.¹⁰² Daarnaast is het zo dat belangrijke leden van CoPECL linkse ideeën aanhingen inzake de sociaal-politieke rol die Europees contractenrecht zou moeten spelen.¹⁰³ Dit staat op gespannen voet met de ratio voor EBP en het loskoppelen van beleidsvorming van politieke overwegingen, omdat schijnbaar objectieve wetenschappers zich nu gedragen als quasi-politici zonder democratisch mandaat. Behalve in het geval de Commissie niet op de hoogte is van deze feiten, kan worden gezegd dat de Commissie feitelijk probeert om haar onderliggende

99 Antonioli & Francesca 2011.

100 Antonioli & Francesca 2011.

101 Hesselink 2001.

102 Hesselink 2008.

103 Bruggemeier et al. 2004.

politieke agenda een vernisje van wetenschappelijke neutraliteit te geven. Maar door zo schaamteloos hun objectiviteit te laten varen, brengen academici (waarschijnlijk onbewust) deze verborgen motieven over het voetlicht.

Kortom, er is gebruikgemaakt van een breed scala aan informatiebronnen en er zijn verschillende goede initiatieven ontplooid in het kader van het OGRK-proces om te komen tot een optimaal gebruik van deze verscheidenheid aan bronnen. De samenwerking tussen wetenschappers en Europese beleidsmakers verliep echter niet altijd soepel. Beide groepen moesten gedurende het beleidsvormingsproces hun verwachtingen bijstellen en er is sprake geweest van beleefde meningsverschillen tot regelrechte confrontaties. Eén van de mogelijke consequenties van het conflict tussen CoPECL en GRK-net is dat praktische kennis wellicht is genegeerd of een ondergeschikte rol speelde in vergelijking met wetenschappelijke kennis, waarbij dient te worden opgemerkt dat dit niet met absolute zekerheid kan worden gezegd, gezien het ontbreken van voldoende primair en secundair materiaal om deze conclusie te staven. Ten slotte was er zeer waarschijnlijk sprake van een bepaalde mate van onfortuinlijke *path-dependency*: het lidmaatschap van en de methode gevolgd tijdens het opstellen van het OGRK betekenen dat bepaalde ‘nationale’ kennis een grotere rol heeft gespeeld dan andere vormen van kennis in het opstellen van de beginselen, definities en modelbepalingen in dit Ontwerp.

4.3 *De Regulatory Impact Assessment behorend bij het voorstel voor een GEKR*

Inleidende opmerkingen

Dat de EU, volgens de Commissie, beschikt over de bevoegdheid om maatregelen te nemen op het terrein van het Europees contractenrecht en deze bevoegdheid inderdaad dient te worden uitgeoefend, kan worden afgeleid uit de eerder genoemde 210 pagina's tellende *impact assessment* behorend bij het voorstel voor een GEKR.¹⁰⁴

De voorbereiding van deze uitgebreide RIA begon in mei 2010, ongeveer op het moment dat de deskundigengroep begon met haar onderzoek naar de haalbaarheid van een instrument voor Europees contractenrecht. De groep die binnen de Commissie verantwoordelijk was voor de uitgebreide RIA bestond uit leden afkomstig uit verschillende DG's, waaronder Mededinging, Handel, Ondernemingen en Industrie, en Interne Markt en Diensten. Deze groep werd tevens geraadpleegd over het voorstel voor het Groenboek uit 2010 en de haalbaarheidsstudie.¹⁰⁵

De visie en standpunten van belanghebbenden werden verzameld door middel van een openbare raadpleging naar aanleiding van het Groenboek uit 2010 (duur: 6 maanden)

¹⁰⁴ Commissie 2011b.

¹⁰⁵ Uitgebreide RIA, p. 4.

en een raadpleging naar aanleiding van de publicatie van de haalbaarheidsstudie (duur: 2 maanden). De Commissie maakte tevens gebruik van de expertise van de klankbordgroep die was ingesteld om de deskundigengroep van praktische informatie te voorzien in het verrichten van de haalbaarheidsstudie. Het aantal bijdragen van respondenten alleen al suggereert dat er sprake was van een zeer brede raadpleging, en dat de Commissie een geloofwaardige poging heeft ondernomen om een brede bewijsbasis te creëren voor haar beleidsinitiatieven. De raadplegingsprocedure was ook transparant, aangezien alle reacties gepubliceerd werden op de relevante Commissie-website (zoals dit tevens was gebeurd met de reacties die de Commissie had ontvangen in het kader van eerdere raadplegingen), wat het mogelijk maakt om uiteindelijke beleidsinitiatieven te beoordelen in het licht van de standpunten die door respondenten naar voren zijn gebracht tijdens zulke raadplegingen. Dit sluit aan bij de verplichting die krachtens het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid op de Commissie rust om brede raadplegingen te houden alvorens nieuwe wetgevingshandelingen voor te stellen.

Dat gezegd hebbende, twee maanden is een relatief korte periode voor belanghebbenden om kennis te nemen van de voorgestelde regels, hun mogelijke impact te beoordelen en een reactie te formuleren – zeker gezien het feit dat de haalbaarheidsstudie de basis vormde voor de materiële regels neergelegd in het voorstel voor een GEKR. Verschillende stakeholders hebben hier dan ook over geklaagd. Als gevolg hiervan krijgt men de indruk dat de Commissie conform de tekst, maar niet zozeer conform de achterliggende ratio van het Protocol heeft gehandeld. Daarnaast bevatte de uitgebreide RIA weliswaar in de inleiding een korte samenvatting van de reacties en werd gebruikgemaakt van bepaalde reacties in de hoofdtekst, maar de Commissie heeft niet getracht om systematisch het gehele spectrum van visies en standpunten vervat in de reacties te schetsen in de RIA.

Verder werden er speciale workshops en bijeenkomsten georganiseerd om interactie tussen Commissie-stafleden en vertegenwoordigers van bedrijven en consumenten(organisaties) mogelijk te maken. Hoewel de uitgebreide RIA lijkt te suggereren dat deze bijeenkomsten van invloed zijn geweest op de materiële regels in het voorstel voor een GEKR, wordt niet duidelijk of dit inderdaad het geval is en in hoeverre deze invloed heeft gereikt, aangezien de notulen van deze bijeenkomsten niet openbaar zijn gemaakt.

Ten slotte zijn er verschillende enquêtes uitgevoerd om de reacties van bedrijven en consumenten voor wat betreft grensoverschrijdend (ver)kopen te peilen, alsmede hun kijk op de noodzaak van maatregelen op Europees niveau. Meer in het bijzonder gaat het om vier Flash Eurobarometers (EB 299, 299a, 320 en 321), het MKB-panel en het European Business Test Panel (EBTP) uit 2010. We zullen hierna zien dat de Commissie zich zeer sterk op deze enquêtes heeft gebaseerd om te concluderen dat de verschillen in nationale regelingen inzake contractenrecht consumenten en bedrijven verhinderen om de voordelen van de interne markt ten volle te benutten.

Een analyse van de uitgebreide RIA

Deze paragraaf bestudeert de kwaliteit van de analyse in de uitgebreide RIA en doet dit door te kijken naar de helderheid van de taal, de volledigheid waarmee elke beleidskeuze wordt geëvalueerd, de omvang van de raadpleging en hoe het verzamelde bewijs is gebruikt.

De opstellers van de RIA verdienen lof voor het duidelijk definiëren van het probleem dat huns inziens Europees optreden vereist. Het rapport verklaart dat *'[d]ifferences in contract law between [Member States] create a barrier to trade within the internal market'*, en dat *'[t]his discourages some companies from trading cross-border and limits consumer choice'*. Het rapport wijst er verder op dat de transactiekosten voor ondernemingen die overwegen handel te drijven met een voor hen nieuwe lidstaat ongeveer € 1 miljard in transactiekosten moeten maken en dat handelaren die wegens verschillen in nationaal contractenrecht besluiten om bepaalde grensoverschrijdende transacties niet uit te voeren, een veelvoud van dat bedrag mislopen aan intra-EU-handel.¹⁰⁶

De doelstellingen zijn evenzeer duidelijk: de Commissie wil grensoverschrijdende handel stimuleren in het kader van de voltooiing van de interne markt. Meer in het bijzonder is de Commissie niet enkel geïnteresseerd in de verhoging van het aantal handelaren dat buitenlandse markten betreedt, maar ook om hun expansie in de gehele interne markt te vergemakkelijken. IT wordt gezien als een belangrijk instrument om het consumentenvertrouwen in de interne markt te versterken en om consumenten aan te moedigen om meer (grensoverschrijdende) te kopen. De RIA geeft aan dat dit alles betekent dat onnodige transactiekosten moeten worden teruggebracht, dat de huidige juridische complexiteit vereenvoudigd moet worden, dat de onzekerheid van consumenten over hun rechten weggenomen moet worden en dat het consumentenvertrouwen moet worden vergroot.¹⁰⁷ In het algemeen kan worden gezegd dat de RIA voor elk van deze problemen duidelijk beschrijft welke kosten handelaren en consumenten momenteel moeten maken en wat de voornaamste pijnpunten zijn, met gebruikmaking van zowel kwantitatieve als kwalitatieve gegevens.

Laten we nu kijken naar het bewijs dat wordt aangevoerd ter ondersteuning van het argument over onnodig hoge transactiekosten. Volgens de RIA worden bedrijven geconfronteerd met extra en/of onnodige kosten als gevolg van verschillen tussen nationale rechtsstelsels. De kosten voor het betreden van een nieuwe buitenlandse markt worden geschat op ergens tussen € 1000 en meer dan € 30.000,¹⁰⁸ en voor bedrijven leidt dit tot een gezamenlijk kostenplaatje van € 6 tot € 13 miljard. De cijfers zijn als volgt opgebouwd. Ten eerste moeten handelaren nagaan welk recht van toepassing is op hun overeenkomst en wanneer dit buitenlands recht is, moeten zij vertrouwd raken met de vereisten van dat

¹⁰⁶ Uitgebreide RIA, p. 7.

¹⁰⁷ Uitgebreide RIA, p. 22 en 23.

¹⁰⁸ Uitgebreide RIA, p. 12, gebaseerd op data verzameld in het kader van de European Business Panel Test enquête.

recht en eventueel overeenkomsten aanpassen. De RIA schat in dat de kosten die hiermee gepaard gaan, liggen tussen € 9000 en € 10.658, of gezamenlijk, € 2 en € 5 miljard.¹⁰⁹ Ten tweede moeten handelaren zich houden aan dwingende vereisten van nationaal consumentenrecht en hun contracten waar nodig aanpassen, en volgens de RIA kost dit ondernemingen gemiddeld € 8695 tot € 9565 of gezamenlijk tussen € 4 en € 8 miljard.¹¹⁰ Volgens het rapport worden deze transactiekosten met name gemaakt door kleine en middelgrote ondernemingen en er werd herhaaldelijk op gewezen dat deze ondernemingen tezamen goed zijn voor meer dan 90% van alle Europese ondernemingen.¹¹¹ De genoemde cijfers komen allemaal uit de uitkomsten van het MKB-panel en het *European Business Test Panel* (EBTP). Indien de oorzaken van deze transactiekosten zouden worden verholpen, zouden ondernemingen profiteren van kostenbesparingen van tussen de € 90.000 en € 310.000. Volgens de Commissie zou dit neerkomen op het creëren van tussen de 160.000 en 316.000 nieuwe banen.¹¹²

In aanvulling op deze cijfers, wordt in de RIA ook melding gemaakt van enquêtegegevens over hoe waarschijnlijk het is dat handelaren door deze kosten worden ontmoedigd om grensoverschrijdende transacties uit te voeren. In het rapport wordt aangevoerd een derde van het aantal bedrijven dat grensoverschrijdend handelt of ambities heeft om dit te doen, en iets meer dan de helft van de bedrijven zonder grensoverschrijdende handelservaring, negatief wordt beïnvloed door het bestaan van verschillende regelingen inzake overeenkomstenrecht. Tevens wordt opgemerkt dat deze cijfers iets lager zijn dan wanneer het gaat om praktische belemmeringen, zoals taal of logistieke kwesties.¹¹³ De meerderheid van de handelaren die last ondervinden van de verschillen in nationale wetgeving heeft op bepaald moment besloten om af te zien van grensoverschrijdend handel drijven. Meer dan vier vijfde van alle handelaren besloot om hun grensoverschrijdende transacties te beperken als gevolg van deze juridische belemmeringen.¹¹⁴

De Commissie laat deze cijfers duidelijk voor zichzelf spreken. De reden voor het voorstel voor een GEKR is gebaseerd op deze kosten en percepties. De logische gevolgtrekking lijkt te zijn dat verschillen in het nationale verbintenissenrecht de voltooiing van de interne markt in de weg staan en in dit opzicht een significante belemmering vormen *in zoverre* dat *bepaalde* ondernemingen onnodige kosten moeten maken en *bepaalde* ondernemingen er zelfs van worden weerhouden om nieuwe markten te betreden of om über-

109 Uitgebreide RIA, p. 15, en met name voetnoot 72 (gebaseerd op een vermenigvuldiging van het aantal bedrijven dat goederen exporteert en instemt met het gebruik van buitenlands recht gekozen door hun handelspartner, het gemiddelde aantal lidstaten waarnaar wordt geëxporteerd en de transactiekosten die gepaard gaan met het betreden van nieuwe markten).

110 Uitgebreide RIA, p. 13 en 14.

111 Uitgebreide RIA, p. 16.

112 Uitgebreide RIA, p. 33 en 42.

113 Uitgebreide RIA, p. 10.

114 Uitgebreide RIA, p. 11.

haupt deel te nemen aan grensoverschrijdende handel. Als dit juist is, kan dit bewijs de basis vormen voor het gebruik van artikel 114 VWEU als rechtsbasis, conform de uitspraak van het CJEU in *Tabaksreclamerichtlijn* en latere rechtspraak. Dit bewijs kan echter op een aantal punten worden betwist en een paar voorbeelden zijn hier nuttig ter illustratie van dit punt.

Het eerste punt van zorg heeft betrekking op de cijfers inzake b2b-transacties. De *Law Society of England and Wales*¹¹⁵ heeft aangegeven dat het sommige van de hiervoor genoemde schattingen aan de hoge kant vindt.¹¹⁶ Het merkte met name op dat de schattingen inzake b2b-transacties niet gebaseerd zijn op werkelijke kosten, maar op hoe ondernemingen hun kosten in deze zelf inschatten. Bovendien is niet duidelijk of de enquête de respondenten vroeg om schattingen ten aanzien van de kosten van juridisch advies en enkel betrekking hadden op advies over buitenlands verbintenissenrecht of ook op andere aspecten van buitenlandse rechtsstelsels.¹¹⁷ Dit onderscheid is van belang, omdat het direct van invloed is op het totaal aan kosten (en de mogelijk te realiseren besparingen) als gevolg van verschillen in verbintenissenrecht. Voor zover dit onderscheid niet duidelijk was voor respondenten, kunnen de cijfers dus onbewust (veel) te hoog zijn uitgevallen. Om met Bentham te spreken, de *Law Society* had evengoed kunnen suggereren dat de cijfers van de Commissie gezien kunnen worden als '*nonsense upon stilts*'.

Ten tweede heeft BEUC, een Europese consumentenorganisatie, de Commissie opgeroepen om verantwoording af te leggen over de berekening van de transactiekosten voor zover deze betrekking hebben op b2c-transacties. Het heeft aangegeven dat het cijfer van € 310.000 voor juridisch advies is '*based on only half of the legal reality*'.¹¹⁸ De reden hiervoor is dat ondernemingen hun standaardbepalingen en -voorwaarden dienen aan te passen aan de voorschriften van alle verschillende landen waarin zij actief zijn, deze dienen te vertalen in de lokale taal en kosten moeten maken om de gewone verblijfplaats van de consument te achterhalen om zo te voldoen aan de vereisten van artikel 6 van de verordening Rome-I. BEUC beschuldigde de Commissie ervan een verkeerde voorstelling te geven van de complexiteit van de juridische context in grensoverschrijdende transacties. Ondernemingen hebben geen behoefte aan juridisch advies over niet-dwingende regels van buitenlands verbintenissenrecht, omdat zij gewoonlijk hun eigen nationale recht toepassen. Voor zover het regels van consumentenrecht betreft, hoeven handelaren enkel een equivalentietest toe te passen om ervoor te zorgen dat zij consumenten niet hun recht op

115 Reactie van de Law Society of England and Wales to CESL, te raadplegen via http://international.lawsociety.org.uk/files/The%20Law%20Society_Response%20to%20CESL%20consultation_0512_Final.pdf.

116 Gebaseerd op feedback van advocaten aangesloten bij de Law Society. Het is opvallend dat de Law Society haar eigen kostenramingen niet vermeldde in haar reactie noch aangaf wat een meer redelijke schatting zou zijn.

117 Reactie van de Law Society op de raadpleging naar aanleiding van het voorstel voor een GEKR, 22.

118 Pacht 2012.

een hoger beschermingsniveau ontnemen – en hier gaat het bovendien om dwingende bepalingen van verbintenissenrecht waar hoe dan ook aan voldaan moet worden.¹¹⁹

Ten derde kan de beschrijving in de RIA van de percepties die bedrijven hebben ten aanzien van het afschrikwekkende effect van verschillen in nationale regelingen inzake contractenrecht worden betwist. Zo voerde ‘Which?’, een consumentenorganisatie in het Verenigd Koninkrijk, tijdens een hoorzitting in het Britse Lagerhuis,¹²⁰ aan dat 80% van de bedrijven nooit of zelden worden ontmoedigd om grensoverschrijdende transacties uit te voeren vanwege verschillen in bepalingen van consumentenrecht. Volgens 72% van de handelaren had het feit dat zij hun contracten dienden aan te passen aan dwingende bepalingen van consumentenrecht geen of zeer weinig invloed op hun beslissing om grensoverschrijdend handel te drijven. Het is dus niet verwonderlijk dat 79% aangaf te verwachten dat een eenvormig Europees contractenrecht geen of een marginale invloed zou hebben op hun grensoverschrijdende handelsactiviteiten. Deze cijfers contrasteren met die genoemd in de RIA, welke gebaseerd zijn op de uitkomsten van het MKB-panel en het European Business Test Panel (EBTP). Het is ironisch dat de data die ‘Which?’ heeft aangevoerd afkomstig zijn uit Flash Eurobarometer 321, een enquête waar de Commissie gebruik van heeft gemaakt voor de bewijsvoering in andere delen van de RIA.¹²¹

Ten vierde, zelfs wanneer de cijfers zelf niet in twijfel worden getrokken, is de wijze waarop zij gebruikt worden in de RIA enigszins verdacht te noemen. De Commissie geeft bijvoorbeeld aan dat enkel 9,3% van de bedrijven grensoverschrijdend handel drijft en suggereert dat een belangrijke reden voor de andere 90,7% om dit niet te doen verband houdt met verschillen in de nationale regelingen inzake overeenkomstenrecht.¹²² Echter, in plaats van de aandacht te richten op de negen van de tien (90%) handelaren die momenteel geen grensoverschrijdende handel drijven is het belangrijker om te kijken naar het aantal bedrijven dat geïnteresseerd is om grensoverschrijdende transacties te sluiten. Volgens een analyse gebaseerd op de data in Flash Eurobarometers 320 en 321 gaat het hier om slechts 0,9%.¹²³ Als dit zo is, dan kunnen zowel de doelstelling van de Commissie als de door haar voorgestelde oplossing om intra-EU-handel te stimuleren – te weten met een voorstel voor een GEKR – omschreven worden als ‘*much ado about nothing*’.

119 Zie de reactie van BEUC op het voorstel voor een GEKR, te raadplegen via www.beuc.org/BEUCNo-Frame/Docs/2/LHKIKACCKEMCJHFNKHFDKMGPDWY9D7NCY9DW3571KM/BEUC/docs/DLS/2011-09682-01-E.pdf at 2.

120 Zie het gemotiveerde advies van het Britse Lagerhuis inzake het voorstel voor een verordening betreffende een GEKR, House of Commons European Scrutiny Committee 47th Report of Session 2010-12, p. 33.

121 Ibid., op p. 27 and 28.

122 Uitgebreide RIA, p. 10.

123 Hubbard 2012.

Laten we ons nu richten op de doelstelling om het consumentenvertrouwen te verhogen. Volgens de RIA is het aantal grensoverschrijdende aankopen binnen de interne markt teleurstellend laag. Slechts 26% van alle consumenten gaat over tot een aankoop in het buitenland tijdens reis en verblijf aldaar en slechts 9% koopt online in een andere EU-lidstaat.¹²⁴ De Commissie wijt dit aan het feit dat het grensoverschrijdende karakter de transacties complexer maken voor wat betreft de aard van de rechten van consumenten wanneer er iets fout loopt, aangezien *'[d]epending on the law which applies to the contract, the level of consumer rights the seller is obliged to respect may differ'*. De RIA geeft het voorbeeld van mevrouw Korbönen uit Turku, Finland, die besloot om haar schoenen van haar favoriete merk niet online bij een Frans bedrijf te bestellen – ondanks een prijsverschil van 30% – omdat zij niet zeker wist of zij de schoenen kon retourneren of in geval van gebrekkige nakoming, de schoenen kon laten repareren of vervangen. Ze besloot dus om een hogere prijs te betalen en de schoenen in Finland te kopen, in ruil voor het gevoel van zekerheid dat zij deze dingen in Turku kon doen, mocht dat nodig zijn.¹²⁵

Er is geen reden om aan te nemen dat mevrouw Korbönen of haar ervaringen fictief zijn, en het gebruik van dergelijke voorbeelden in de RIA en haalbaarheidsstudie om de noodzaak voor maatregelen op Europees niveau te onderstrepen zijn bekritiseerd als te simplistisch over koopgedrag¹²⁶ of te vaag om van enig nut te zijn in het bepalen ten aanzien van welke consumentenrechten er precies onduidelijkheid en dus ook onzekerheid bestaat.¹²⁷

Zulke verhalen lijken echter te worden onderschreven door kwantitatief bewijs. Volgens Flash Eurobarometer 299a winkelt 44% van de consumenten niet in het buitenland vanwege onzekerheid over hun algemene rechten (*'in general'*).¹²⁸ Gevraagd om in meer detail te treden, geeft 57% aan zich met name zorgen te maken over gebrekkige producten en 47% over het feit dat het product wellicht niet geleverd zal worden.¹²⁹ Dit wordt bevestigd door de vijfde editie van het Consumer Market Scoreboard, waarin 62% van de ondervraagden aangaf geen grensoverschrijdende transacties aan te gaan vanwege bezorgdheid over fraude, 59% omdat zij niet wisten wat te doen indien een probleem zich zou voordoen en 49% vanwege onzekerheden die verband hielden met de levering van producten.¹³⁰ Ter verdere ondersteuning van deze data citeerde de Commissie tevens een vooronderzoek over grensoverschrijdend winkelen, waarin van de deelnemers die met problemen te maken hadden gekregen, 26% aangaf dat levering te lang op zich liet wachten, 20% het bestelde

124 Uitgebreide RIA, 17 (onder vermelding van data uit de Flash Barometer 299).

125 Uitgebreide RIA, 20 (het voorbeeld komt uit de haalbaarheidsstudie).

126 Bartl 2012.

127 Pacht 2012.

128 Uitgebreide RIA, p. 18 (zie ook voetnoot 96, waarin wordt verwezen naar Flash Eurobarometer 299a, p. 5).

129 Ibid. (zie ook voetnoot 97, waarin wordt verwezen naar Flash Eurobarometer 299, p. 30).

130 5th Consumer Score Board, 15 (te raadplegen via http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/5th_edition_scoreboard_en.pdf).

product helemaal niet had ontvangen en 18% producten ontving die niet overeenkwamen met de beschrijving.¹³¹

De cijfers zijn dus niet incorrect, maar de wijze waarop de Commissie gebruikt heeft gemaakt van deze cijfers om aan te tonen dat het voorstel voor een GEKR bijdraagt aan het verhogen van het consumentenvertrouwen is mogelijk misleidend.

Ten eerste heeft BEUC er terecht op gewezen dat het bestaande consumentenacquis al regels bevat voor wat betreft de voornaamste zorgen en bezwaren die consumenten er blijkbaar van weerhouden om grensoverschrijdend te kopen. Mevrouw Korbönen had met een gerust hart nieuwe schoenen kunnen bestellen bij het Franse bedrijf, in de wetenschap dat de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en garanties voor consumptiegoederen een uniform minimumniveau van consumentenbescherming biedt dat geldt ongeacht in welke lidstaat zij tot aankoop van schoenen overgaat.¹³² Er kan dus wel zeker sprake zijn van een gebrek in consumentenvertrouwen, maar het vorenstaande suggereert dat de oplossing eerder gezocht moet worden in betere informatieverplichtingen of -campagnes dan in een facultatief instrument voor Europees contractenrecht.

Ten tweede laat de RIA na om melding te maken van statistieken die betrekking hebben op consumenten die binnen hun eigen land tegen vergelijkbare problemen aanlopen. Volgens Flash Eurbarometer 299 kreeg 16% respectievelijk 5% van de consumenten die grensoverschrijdend aankopen te maken met te late respectievelijk geen levering en deze cijfers zijn vergelijkbaar met die voor binnenlandse transacties (respectievelijk 18% en 6%). Met andere woorden, de aanname van de Commissie dat de grensoverschrijdende context zorgt voor extra problemen voor consumenten lijkt enigszins bezijden de waarheid: statistisch gezien zijn binnenlandse b2c-transacties problematischer dan grensoverschrijdende b2c-transacties.¹³³

De problemen die de Commissie signaleert, worden weliswaar bevestigd door de gegevens gebruikt in de RIA, maar de juistheid van de data en het gebruik daarvan kunnen worden betwist. Deze discussie over hoe waarheidsgetrouw de informatie is, is relevant voor zover de RIA stelt dat is voldaan aan de voorwaarden voor het gebruik van artikel 114 als rechtsbasis, alsmede aan de eisen die worden gesteld door de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Dit kan goed worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld.

Aangezien slechts 0,9% van de bedrijven die momenteel geen grensoverschrijdende transacties uitvoert wel interesse heeft in grensoverschrijdend handel drijven, kan worden gezegd dat de belemmeringen door verschillen in nationale regels van contractenrecht relatief zo gering zijn dat de interne markt daardoor niet merkbaar wordt beïnvloed. Dit

131 Uitgebreide RIA, p. 18.

132 Pahl 2012.

133 Hubbard 2012.

is echter niet per se een geldig argument om de rechtmatigheid van het gebruik van artikel 114 VWEU als rechtsbasis te betwisten, aangezien het Hof van Justitie vergelijkbare argumenten heeft verworpen in de *Tabaksreclamerichtlijn*-zaak.¹³⁴

Zelfs wanneer de Commissie gelijk heeft dat artikel 114 VWEU gebruikt kan worden als rechtsgrondslag voor een verordening inzake een GEKR, blijft het zo dat wanneer de voordelen van zo'n Europees kooprecht naar beneden worden bijgesteld, zodat het gaat om voordelen voor slechts 0,9 in plaats van 90% van Europese bedrijven, men serieus de evenredigheid van zo'n instrument kan betwijfelen en dat men zich kan afvragen of EU-optreden ten opzichte van nationaal handelen een duidelijke toegevoegde waarde heeft.

Vragen van deze aard vestigen onze aandacht op een andere kwestie, namelijk hoe de RIA de verschillende opties voor een Europees instrument benadert. Heeft een volledige economische analyse plaatsgevonden? Is er sprake geweest van een zinvolle vergelijking tussen de voor- en nadelen geassocieerd met alle opties? Deze vragen zijn van belang, omdat ze de lezer in staat stellen te beoordelen hoe de Commissie het beschikbare bewijs heeft gebruikt om de verschillende opties te evalueren en beleidskeuzes te maken.

Op het eerste gezicht lijkt een serieuze afweging te hebben plaatsgevonden tussen de zeven mogelijke opties voor een instrument voor Europees contractenrecht. In de RIA wordt expliciet vermeld dat twee van deze opties – te weten een aanbeveling van de Commissie aan de lidstaten om zo'n instrument in nationaal recht om te zetten en een verordening tot vaststelling van een Europees burgerlijk wetboek – vrijwel meteen buiten beschouwing zijn gelaten, onder verwijzing naar praktische en juridische overwegingen (namelijk een gebrek aan steun van de kant van de lidstaten en mogelijke strijdigheid met de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit). Hoewel de RIA geen melding maakt van andere, additionele opties, doet dit als zodanig geen afbreuk aan de kwaliteit van de analyse van de zeven opties die uitdrukkelijk zijn vastgesteld.

Elk van de vijf resterende opties is beoordeeld op zijn eigen merites en tevens afgezet tegen de andere opties. Alle opmerkingen met betrekking tot de kosten en baten van elke optie, en hun gevolgen voor de samenleving, economie en het milieu steunen op dezelfde kwantitatieve data die ook gebruikt zijn voor de analyse van de uitdagingen voor de interne markt als gevolg van verschillen tussen nationale regelingen inzake contractenrecht. De RIA bevat tabellen die de belangrijkste bevindingen samenvatten en die het gemakkelijk maken de verschillende opties met elkaar te vergelijken. Gedetailleerde berekeningen zijn opgenomen in bijlagen. Daarnaast stelt de Commissie een metriek voor waarin de transactiekosten voor ondernemingen en veranderingen in consumentenvertrouwen zijn opgenomen om zo de invloed van een GEKR voor de interne markt te berekenen. In die zin kan worden gezegd dat de Commissie gebruik heeft gemaakt van 'hard' bewijs dat valt binnen

¹³⁴ Cf. *Tabaksreclamerichtlijn* (waarin minder dan 5% van de tijdschriften waarin reclame werd gemaakt voor tabaksproducten werd uitgevoerd naar andere lidstaten).

de hoogste categorieën van de hiërarchie, en dit versterkt de geloofwaardigheid van de uitgevoerde analyse.

Betekent dit dan ook dat de kosten-batenanalyse gezien kan worden als *evidence-based*? Het antwoord is ja, maar slechts gedeeltelijk. De potentiële gevolgen van harmonisatie via de achterdeur zijn niet volledig in acht genomen, zowel wat betreft economische kosten als respect voor het beginsel van subsidiariteit.¹³⁵ Daarnaast bestaat het risico dat een GEKR zorgt voor meer in plaats van minder juridische complexiteit en pervers bijdraagt aan een verdere verhoging van de transactiekosten voor bedrijven.¹³⁶ Het feit dat sommige relevante bewijskwesties niet zijn meegenomen in de beschouwingen ondermijnt de nauwkeurigheid van de analyse en de conclusies van de RIA.

Laten we de belangrijkste bevindingen kort recapituleren. De RIA voldoet aan veel van de vereisten waar een goede *impact assessment* aan dient te voldoen. De RIA is duidelijk voor wat betreft de problemen die moeten worden aangepakt, de beleidsdoeleinden en de mogelijke oplossingen. Er is gebruikgemaakt van een gemêleerde bewijsbasis, bestaande uit zowel kwantitatieve als kwalitatieve data en uitgebreide raadplegingen van belanghebbenden. De relevante context wordt helder uiteengezet: de specifieke uitdagingen voor de interne markt worden geschetst met behulp van zowel kwantitatieve als kwalitatieve indicatoren. Hetzelfde kan worden gezegd over de verscheidende opties voor een instrument voor Europees contractenrecht – de lezer krijgt het gevoel dat de Commissie heeft geprobeerd om de verschillende opties zo helder mogelijk over het voetlicht te brengen om zo een vergelijking tussen deze opties zo gemakkelijk mogelijk te maken. Alle genoemde punten worden ondersteund met cijfers en feiten, en verder onderbouwd met gegevens uit (Eurobarometer-)enquêtes en andere studies.

Bij nader inzicht is er echter een fundamenteel gebrek voor wat betreft het gebruik van bewijs in de RIA. Ten eerste is er herhaaldelijk kritiek geleverd op het feit dat de cijfers ter onderbouwing van de verwachte miljardenbesparingen in transactiekosten zijn opgeblazen. Sommige van deze cijfers zijn gebaseerd op de verwachtingen van bedrijven zelf in plaats van op werkelijke boekhoudingsgegevens, terwijl andere cijfers zijn gebaseerd op antwoorden op vragen die misleidend zijn geformuleerd. Ten tweede wordt het verzamelde bewijs selectief gebruikt om de lezer een bepaalde indruk van de relevante context te schetsen waarbinnen de beleidsvorming plaatsvindt. Cijfers worden bijvoorbeeld opgesomd om aan te geven hoe bepaalde kwesties consumentenvertrouwen in de interne markt ondermijnen, terwijl cijfers die laten zien hoe vergelijkbare kwesties ook spelen binnen de bin-

¹³⁵ Zie het gemotiveerde advies van het Oostenrijkse parlement (te raadplegen via www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20110635FIN.do), en het rapport van de Select Committee van het Britse Hogerhuis 'European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference at [56] ('[A]s Lord Kerr puts it, that "The optional tends to turn into the obligatory over time in the European Union") (te raadplegen via www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/lducom/95/9507.htm).

¹³⁶ Gemotiveerd advies van het Britse Lagerhuis, 11 (te raadplegen via www.parliament.uk/pagefiles/54364/23%202011%2011%20Reasoned%20Opinion%20on%20Common%20European%20Sales%20law.pdf).

nenlandse context worden weggelaten. Daarnaast kan men zich afvragen wat de precieze omvang is van de kostenbesparingen en voordelen die een GEKR met zich mee zal brengen voor het functioneren van de interne markt, meer in het bijzonder als het gaat om bedrijven te stimuleren om grensoverschrijdend handel te drijven; in dit opzicht lijkt het te gaan om een eventuele stijging van slechts 0,9% in plaats van 90%, zoals aangegeven in de RIA. Op deze wijze wordt de geloofwaardigheid van het verzamelde en gebruikte bewijs ernstig ondergraven. Als gevolg daarvan kan men zich terecht afvragen in hoeverre verschillen tussen nationale regelingen inzake contractenrecht daadwerkelijk een belemmering voor grensoverschrijdende handel vormen en, zelfs indien dit inderdaad het geval is, of het voorstel voor een GEKR evenredig is en voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel.

5 CONCLUSIE: DE GRENZEN VAN EVIDENCE-BASED POLICY-MAKING

In de voorgaande paragrafen is gekeken naar wat ‘bewijs’ is en hoe bewijs is verwerkt in het proces dat heeft geleid tot het voorstel voor een GEKR, inclusief in de uitgebreide RIA. Dit maakt het mogelijk een oordeel te vellen over de mate waarin dit voorstel gezien kan worden als een voorbeeld van *evidence-based policy-making*. Deze vraag kan op twee manieren worden geïnterpreteerd (en dus ook beantwoord): enerzijds door te kijken naar de mate waarin gebruik is gemaakt van (verschillende soorten van) bewijs tijdens het beleidsvormingsproces, waarbij de nadruk ligt op ‘input’, en anderzijds door te kijken in hoeverre de uiteindelijke beleidskeuzes en materiële regels stoelen op bewijs, waarbij de nadruk ligt op ‘output’.

Het antwoord op beide versies van de vraag is zowel ‘ja’ als ‘nee’. De Commissie heeft een brede waaier van gegevens gebruikt, afkomstig van verschillende epistemische gemeenschappen, het gehele politieke spectrum en diverse categorieën binnen de bewijs-hiërarchie. Toch is de Commissie er niet in geslaagd om te komen tot een goede integratie van alle relevante kennisbronnen en lijkt soms selectief gebruik te hebben gemaakt van het beschikbare bewijs. Het feit dat Europese beleidsvorming op het terrein van het privaatrecht (bezien vanuit het perspectief van het voorstel voor een GEKR) enkel gedeeltelijk gezien kan worden als *evidence-based* geeft aanleiding tot twee opmerkingen: enerzijds, dat het gebruik van *evidence-based policy-making* gestimuleerd dient te worden, maar anderzijds dat er ook grenzen zijn voor wat betreft het gebruik van deze aanpak.

Ten eerste maakt het gebruik van *evidence-based policy-making* het mogelijk om aannames grondig te testen. In het specifieke geval van het voorstel voor een GEKR gaat het om de vraag of de verscheidenheid in regelingen inzake overeenkomstenrecht een belemmering vormt voor de interne markt in de zin van *Tabaksreclamerichtlijn*, en of een gemeenschappelijk facultatief Europees kooprecht een evenredige oplossing is, die tevens het subsidiariteitsbeginsel in acht neemt. Met name de RIA maakt het mogelijk om het

bewijs waarop de Commissie heeft gesteund om haar beleidskeuzes te onderbouwen onder de loep te nemen en waar nodig te bekritisieren. De Commissie kan zo ter verantwoording worden geroepen door andere politieke en rechterlijke instanties, alsmede door handelaren en consumenten – de beoogde begunstigden van het voorgestelde optreden van de Unie.

Ten tweede is het niet juist om te denken dat *evidence-based policy-making* een lineaire relatie voorstaat tussen bewijs en beleid.¹³⁷ *Evidence-based policy-making* kan niet gezien worden als een soort rekenmachine, alsof de input van wetenschappelijk bewijs het enige is wat nodig is om degelijk beleid ('output') te produceren. Een dergelijk begrip van de relatie tussen bewijs en beleid kan als onnodig technocratisch worden bekritiseerd,¹³⁸ zeker omdat het er toe zou kunnen leiden dat de voor beleidsontwikkeling relevante context niet wordt meegenomen.

Een realistische benadering van *evidence-based policy-making* ziet de relatie tussen bewijs en beleid als tweerichtingsverkeer. Sommigen spreken zelfs van *policy-based evidence*, om aan te geven hoe politieke overwegingen de rol van bewijs in het beleidsvormingsproces kan overschaduwen.¹³⁹ Verschillende vormen van bewijs worden gebruikt ter onderbouwing van verschillende beleidskeuzes en hetzelfde bewijs wordt soms gebruikt als inbreng voor en ter ondersteuning van wat politiek opportuun wordt geacht.¹⁴⁰ Dit betekent dat hoewel de vragen 'wat is bewijs' en 'hoe wordt bewijs gebruikt om beleid te ontwikkelen' theoretisch weliswaar van elkaar te onderscheiden zijn, het feit is dat de wijze waarop bewijs wordt gebruikt invloed heeft op de definitie van wat als bewijs kan worden gezien en vice versa. In de praktijk kunnen beide vragen dus moeilijk los van elkaar worden gezien.

Context is belangrijk, zeker omdat bewijs gebruikt kan worden om beleid en de ontwikkeling daarvan een vernis van legitimiteit te verschaffen.¹⁴¹ Grundmann heeft bijvoorbeeld terecht kritiek geleverd op het gebrek aan politieke consensus om sturing te geven aan de opstellers van het OGRK. De enorme vrijheid die aan CoPECL is gegeven, heeft er in zijn optiek toe geleid dat de uiteindelijke tekst te veel algemene bepalingen bevat, te veel afbreuk doet aan het beginsel van partijautonomie en blijkt geeft van een zeer formele denkstijl die eigen is aan de Duitse wetenschappelijke traditie.¹⁴² Sefton-Green is tevens van mening dat het contrast tussen het wetenschappelijke OGRK en het politieke GRK (momenteel opgenomen in het voorstel voor een GEKR) meer schijn dan werkelijkheid is: de eerste mag dan op een meer wetenschappelijke wijze tot stand zijn gekomen, beide instrumenten hebben dezelfde onderliggende waarden. Volgens haar komt dit doordat de academische penvoerders er impliciet voor hebben gekozen om de marktfunctionalistische agenda van

137 Black 2001.

138 Clarence 2002.

139 Gregg 2010.

140 Sarewitz 2004.

141 Radaelli 1995.

142 Grundmann 2009.

de Commissie om de interne markt te voltooien door middel van harmonisatie, over te nemen.¹⁴³

Doordat de Commissie zich heeft gedistantieerd van het wetenschappelijke proces dat heeft geleid tot het OGRK, kan zij mogelijk proberen de ‘schuld’ af te schuiven voor het feit dat de regels in kwestie sociaal of politiek gevoelig zijn op het bewijs (zeker omdat verbintenissenrecht een instrument kan zijn voor de herverdeling van welvaart of macht in de samenleving) of de regels afdoen als technische wetgeving. Een dergelijke houding zou niet zonder precedent zijn. Tijdens het proces dat heeft geleid tot het OGRK heeft het Europees Parlement reeds verklaard dat

*‘even though the Commission denies that this is its objective, it is clear that many of the researchers and stakeholders working on the project believe that the ultimate long-term outcome will be a European code of obligations or even a full-blown European Civil Code (...) The decision to work towards and on such a Code must be taken by the political authorities, since the very decision to opt for a Code is political and its content, albeit legal, is predicated on social and political objectives’.*¹⁴⁴

Deze technocratische trend is tekenend voor de opkomst van semioverheidsinstellingen (‘quango’s’) en de ‘regulatory state’, en leidt tot vragen over hoe verantwoording voor beleidsbeslissingen het beste kan worden geëffectueerd.¹⁴⁵ De neiging van politici om controversiële beslissingen uit te besteden aan ogenschijnlijk onafhankelijke technici (zoals wetenschappers) onderschrijft ook de beschuldiging dat de ontwikkeling van beleid in grotere mate is gebaseerd op politiek dan op bewijs. Sommige commentatoren beweren dus dat het steriele en objectieve karakter van bewijs niet gebruikt kan worden om conflicten tussen achterliggende waarden te camoufleren.¹⁴⁶ Een EU die voortdurend wordt geconfronteerd met beschuldigingen dat het haar bevoegdheden overschrijdt¹⁴⁷ en een democratisch tekort heeft,¹⁴⁸ kan zich een dergelijke houding niet veroorloven.

Dus, hoewel we kunnen concluderen dat de bewijsbasis voor het voorstel voor een GEKR in sommige aspecten voldoet aan het ideaal van *evidence-based policy-making* (maar in andere aspecten ook weer niet), vestigen deze concluderende opmerkingen de aandacht op de minstens zo controversiële vraag in hoeverre Europese beleidsvorming op het terrein

143 Sefton-Green 2009.

144 Parlement 2006a; 2006b.

145 Majone 1994; 1999.

146 Sarewitz 2004.

147 Weatherill 2004.

148 Scharpf 1996; Majone 1998.

van het privaatrecht en meer in het algemeen gebaseerd zou moeten zijn op *evidence-based policy-making*.

LITERATUUR

Amara et al. 2004

N. Amara, M. Quimet & R. Andrey, 'New evidence on instrumental, conceptual, and symbolic utilisation of university research in governmental agencies', 2004, 26 *Science Communication* 76.

Antoniolli & Francesca 2011

L. Antoniolli & F. Francesca, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München: Sellier European Law Publisher 2011.

Von Bar 2005

C. Von Bar, 'Working Together Toward a Common Frame of Reference', 2005, X *Juridica International* 17.

Von Bar & Clive 2008

C. Von Bar & E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition*, München: Sellier European Law Publishers 2008.

Von Bar & Clive 2009

C. Von Bar & E. Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, München: Sellier European Law Publishers 2009.

Bartl 2012

M. Bartl, 'Legitimacy and European Private Law' (Doctoral Thesis), European University Institute 2012.

Beale 2006

H. Beale, 'The European Commission's Common Frame of Reference Project: a Progress Report', 2006, 2 *European Review of Contract Law* 303.

Black 2001

N. Black, 'Evidence based policy: proceed with care', 2001, 323 *British Medical Journal* 275.

Boaz & Pawson 2005

A. Boaz & R. Pawson, 'The Perilous Road from Evidence to Policy: Five Journeys Compared', 2005, 34 *Journal of Social Policy* 175.

Braman 2008

S. Braman, 'Policy Research in an Evidence-Averse Environment', 2008, 2 *International Journal of Communication* 433.

Brueggemeier 2004

G. Brueggemeier et al., 'Social Justice in European Contract Law: A Manifesto', 2004, 10 *European Law Journal* 653.

Cafaggi & Muir-Watt 2010

F. Cafaggi & H. Muir Watt (eds.), *Making European Private Law – Governance Design* Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2010.

Celadnik 2012

F. Celadnik, 'International Sales of Goods in the European Union Before and after the Adoption of the Common European Sales Law', 2012, SSRN eLibrary.

Choi et al. 2005

B.C. Choi et al., 'Can scientists and policy makers work together?', 2005, 59 *Journal of Epidemiol Community Health* 632.

Clarence 2002

E. Clarence, 'Technocracy Reinvented: The New Evidence Based Policy Movement', 2002, 17 *Public Policy and Adminsitration* 1.

Commissie 2001a

Commissie, Europese Governance Een Witboek COM (2001) 428 definitief.

Commissie 2001b

Commissie, Actieplan Wetenschap en Samenleving COM (2001) 714 definitief.

G. Low

Commissie 2001c

Commissie, De Wetgeving Verbeteren COM (2001) 728 definitief.

Commissie 2001d

Commissie, Over Europees Verbintenissenrecht COM (2001) 398 definitief.

Commissie 2002a

Commissie, Bijeenbrengen en benutten van deskundigheid door de Commissie: beginselen en richtsnoeren – ‘Verbetering van de kennisbasis voor beter beleid’ COM (2002) 713 definitief.

Commissie 2002b

Commissie, Naar een krachtige cultuur van raadpleging en dialoog – Voorstel inzake algemene beginselen en minimumnormen voor raadpleging van de betrokken partijen door de Commissie COM (2002) 704 definitief.

Commissie 2002c

Commissie, Mededeling van de Commissie Over Effectbeoordeling, COM (2002) 276 definitief.

Commissie 2003a

Commissie, Verslag van de Commissie: De Wetgeving Verbeteren 2003 (2003) 770 definitief.

Commissie 2003b

Commissie, Een Coherenter Europees Verbintenissenrecht – Een Actieplan COM (2003) 68 definitief.

Commissie 2004

Commissie, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen COM (2004) 651 definitief.

Commissie 2005

Commissie, Eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis COM (2005) 456 definitief.

Commissie 2007

Commissie, Groenboek – De Europese Onderzoeksruimte: Nieuwe perspectieven COM (2007) 161 definitief.

Commissie 2010a

Commissie, Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen COM (2010) 348 definitief.

Commissie 2010b

Commissie, Besluit van de Commissie van 26 april 2010 tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijke referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht (2010/233/EU) OJ L 105/109.

Commissie 2011a

Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM (2011) 635 definitief.

Commissie 2011b

Commission Staff Working Paper, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law SEC (2011) 1165 final (Nederlandse versie niet beschikbaar).

Craig 2012

P.P. Craig, *EU Administrative Law*, 2 edn, Oxford: Oxford University Press 2012.

DLA Piper 2006

DLA Piper, 'Legal Study on unfair commercial practices within B2B e-markets', 2006, European Commission Study ENTR/04/69.

Donaldson et al. 2009

S.I. Donaldson, C.A.Christie & M.M. Mark (eds.), *What Counts as Credible Evidence in Applied Research and Evaluation Practice?*, Sage Publications 2009.

Dunne 1993

J. Dunne, *Back to the rough ground: 'Phronesis' and 'Techne' in modern philosophy and in Aristotle*, University of Notre Dame Press 1993.

Frey & Lederman 2010

K. Frey & S. Ledermann, 'Evidence-Based Policy: A Concept in Geographical and Substantive Expansion', 2010, 6 *German Policy Studies* 1.

Fritsch et al. 2012

O. Fritsch et al., 'Regulatory Quality in the European Commission and the UK: Old questions and new findings', 2012, CEPS Working Document No 362.

Gabbay & Le May 2004

J. Gabbay & A. Le May, 'Evidence based guidelines or collectively constructed "mindlines"? Ethnographic study of knowledge management in primary care', 2004, 329 *British Medical Journal* 1013.

Geyer 2012

R. Geyer, 'Can Complexity Move UK Policy beyond "Evidence-Based Policy Making" and the "Audit Culture"? Applying a "Complexity Cascade" to Education and Health Policy', 2012, 60 *Political Studies* 20.

Gomez 2009

F. Gomez, 'The Empirical Missing Links in the Draft Common Frame of Reference', 2009, *InDret* 1.

Gregg 2010

D. Gregg, 'Family intervention projects: a classic case of policy-based evidence', Centre for Crime and Justice Studies 2010.

Grundmann 2009

S. Grundmann, 'Grand European Code Napoléon or Concise Uniform Contract Law? Defining the Scope of a Common Frame of Reference', in: A. Somma (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Den Haag: Kluwer Law International 2009.

Gutman 2011

K. Gutman, 'The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options', 2011, *European Review of Contract Law* 151.

Hammersley 2005

M. Hammersley, 'Is the evidence-based practice movement doing more good than harm? Reflections on Iain Chalmers' case for research-based policy making and practice', 2005, 1 *Evidence & Policy: A Journal of Research, Debate and Practice* 85.

HC 2006

House of Commons, Scientific Advice, Risk and Evidence Based Policy Making, Seventh Report of Session 2005-6 of the House of Commons Science and Technology Committee, November 2006.

Head 2010

B.W. Head, 'Reconsidering evidence-based policy: Key issues and challenges', 2010, 29 *Policy and Society* 77.

Hesselink 2001

M.W. Hesselink, *The Politics of European Contract Law: Who Has an Interest in What Kind of Contract Law for Europe?*, SSRN 2001.

Hesselink 2007

M.W. Hesselink, J.W. Rutgers & T.Q. De Booys, *The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law*, 2007.

Hesselink 2008

M. Hesselink, *CFR & Social Justice: A Short Study for the European Parliament on the Values Underlying the Draft Common Frame of Reference for European Private Law – What Roles for Fairness and Social Justice?*, München: Sellier European Law Publishers 2008.

Holmes & Clark 2008

J. Holmes & R. Clark, 'Enhancing the use of science in environmental policy-making and regulation', 2008, 11 *Environmental Science and Policy* 702.

Hubbard 2012

W.H.J. Hubbard, 'Another Look at the Eurobarometer Surveys', 2012, *University of Chicago Law and Economics Olin Working Papers Series*, No. 615.

Incardona & Poncibo 2007

R. Incardona & C. Poncibo, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution', 2007, 30 *Journal of Consumer Policy* 21.

James & Jorgensen 2009

T.E. James & P.D. Jorgensen, 'Policy Knowledge, Policy Formulation, and Change: Revisiting a Foundational Question', 2009, 37 *Policy Studies Journal* 141.

G. Low

Lagace et al. 2008

E. Lagacé, J. Holmes & R. McDonnell, 'Science-policy guidelines as a benchmark: making the European Water Framework Directive', 2008, 40 *Area* 421.

Larouche & Chirico 2010

P. Larouche & F. Chirico (eds.), *Economic Analysis of the DCFR: The work of the economic impact group within CoPECL*, München: Sellier European Law Publishers 2010.

Lavis et al. 2005

J. Lavis et al., 'Towards systematic reviews that inform health care management and policy-making', 2005, 10 *Journal of Health Services Research & Policy* 35.

Lee & Kirkpatrick 2006

N. Lee & C. Kirkpatrick, 'Evidence-based policy-making in Europe: an evaluation of European Commission integrated impact assessments', 2006, 24 *Impact Assessment and Project Appraisal* 23.

Low 2010

G. Low, 'The Ir(relevance) of Harmonisation and Legal Diversity to European Contract Law – A perspective from Psychology', 2010, 17 *European Review of Private Law* 285.

Low 2012

G. Low, 'Unitas via Diversitas – Can the Common European Sales Law Harmonise Through Diversity?', 2012, 19 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*.

Low 2013

G. Low, 'A Psychology of Choice of Law', 2013, *European Business Law Review*.

Luth 2010

H.A. Luth, 'Behavioural Economics in Consumer Policy', Rotterdam: Erasmus University Rotterdam 2010.

Luth & Cseres 2010

H. Luth & K. Cseres, 'The DCFR and Consumer Protection: An Economic Assessment', in: P. Larouche & F. Chirico (eds.), *Economic Analysis of the DCFR: The work of the Economic Impact Group within CoPECL*, München: Sellier European Law Publishers 2010.

Majone 1994

G. Majone, 'The Rise of the Regulatory State in Europe', in: W. Muller & V. Wright (eds.), *The State in Western Europe: Retreat or Redefinition?*, Frank Cass 1994.

Majone 1998

G. Majone, 'Europe's "Democratic Deficit": The Question of Standards', 1998, 4 *European Law Journal* 15.

Majone 1999

G. Majone, 'The regulatory state and its legitimacy problems', 1999, 22 *West European Politics* 1.

Marston & Watts 2003

G. Marston & R. Watts, 'Tampering with the evidence: A critical appraisal of evidence-based policymaking', 2003, 3 *The Drawing Board: An Australian Review of Public Affairs* 143.

Milani 2009

C.R.S. Milani, 'Evidence-based policy research: critical review of some international programmes on relationships between social science research and policy-making', 2009, *UNESCO Management of Social Transformations Policy Papers*, No 18.

Nutley et al. 2007

S.M. Nutley, I. Walter & H.T.O. Davies, *Using Evidence: How Research Can Inform Public Services*, The Policy Press 2007.

OECD 1981

OECD, *The Measurement of Scientific and Technical Activities: Proposed Standard Practice for Surveys of Research and Experimental Development*, OECD 1981.

Ouimet et al. 2009

M. Ouimet et al., 'The absorption of research knowledge by public servants', 2009, 5 *Evidence & Policy: A Journal of Research, Debate and Practice* 331.

Pachl 2012

U. Pachl, 'The Common European Sales Law – Have the Right Choices Been Made? A Consumer Policy Perspective', 2012, 19 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 180.

Parlement 1989

European Parliament, 'Resolution on action to bring into line the private law of the Member States' [1989] OJ C 158/400 (Nederlandse versie niet beschikbaar).

Parlement 1994

European Parliament, 'Resolution on the harmonisation of certain sectors of the private law of the Member States', [1994] OJ C 205/518 (Nederlandse versie niet beschikbaar).

Parlement 2006a

Resolutie van het Europees Parlement over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, 23 March 2006. P6_TA(2006) 0109.

Parlement 2006b

Resolutie van het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, 7 September 2006, P6_TA(2006)0352.

Rachlinski 2011

J. Rachlinski, 'Evidence-Based Law', 2011, 86 *Cornell Law Review* 901.

Radaelli 1995

C.M. Radaelli, 'The role of knowledge in the policy process', 1995, 2 *Journal of European Public Policy* 159.

Reay et al. 2009

T. Reay, W. Berta & M.K. Kohn, 'What's the Evidence on Evidence-Based Management?', 2009, *Academy of Management Review* 5.

Reiss 2004

J. Reiss, 'Evidence-Based Economics: Issues and Some Preliminary Answers', 2004, 26 *Analyse & Kritik* 346.

Renda 2006

A. Renda, 'Impact Assessment in the EU: The State of the Art and the Art of the State', 2006, *CEPS Policy Paper*.

Sackett et al. 1996

D.L. Sackett et al., 'Evidence based medicine: what it is and what it isn't', 1996, 312 *British Medical Journal* 71.

Sarewitz 2004

D. Sarewitz, 'How science makes environmental controversies worse', 2004, 7 *Environmental Science and Policy* 385.

Scharpf 1996

F. Scharpf, 'Democratic Policy in Europe', 1996, 2 *European Law Journal* 136.

Schulte-Nolke et al. 2008

H. Schulte-Nolke, C. Twigg-Flesner & M. Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, München: Sellier European Law Publishers 2008.

Sefton-Green 2009

R. Sefton-Green, 'The DCFR: A Technical or Political Toolbox?', in: A. Somma (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Den Haag: Kluwer Law International 2009.

Sharman & Holmes 2010

A. Sharman & J. Holmes, 'Evidence-based policy or policy-based evidence gathering? Biofuels, the EU and the 10% target', 2010, 20 *Environmental Policy and Governance* 309.

Smits 2009

J. Smits, 'The Draft Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward', 2009, 4 *European Review of Contract Law* 270.

Somma 2009

A. Somma (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Den Haag: Kluwer Law International 2009.

Vogenauer & Weatherill 2005

S. Vogenauer & S. Weatherill, 'The European Community's Competence for a Comprehensive Harmonisation of Contract Law – an Empirical Analysis', 2005, 30 *European Law Review* 821.

Wagner 2005

H. Wagner, 'Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty; The Example of the European Union', in: J. Smits (ed.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, München: Sellier Europa Law Publishing 2005.

G. Low

Wallis 2005

D. Wallis, 'European contract law – the way forward: Political context, Parliament's preoccupation and process', 2006, 7 *ERA Forum* 8.

Weatherill 2001

S. Weatherill, 'The European Commission's green paper on European Contract Law: context, content and constitutionality', 2001, 24 *Journal of Consumer Policy* 339.

Weatherill 2004

S. Weatherill, 'Competence Creep and Competence Control', 2004, 23 *Yearbook of European Law* 1.

Weatherill 2005

S. Weatherill, 'Reflections on the EC's Competence to Develop a "European Contract Law"', 2005, 13 *European Review of Private Law* 405.

Weatherill 2011

S. Weatherill, 'The Limits of Legislative Harmonisation Ten Years after *Tobacco Advertising*: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide"', 2011, 12 *German Law Journal* 827.

Wells 2007

P. Wells, 'New Labour and evidence based policy making: 1997 - 2007', 2007, 1 *People, Place & Policy Online* 22.

Widmer 2009

T. Widmer, 'The contribution of evidence-based policy to the output oriented legitimacy of the state', 2009, 5 *Evidence & Policy: A Journal of Research, Debate and Practice* 351.

DEEL D

AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

15 SCHURENDE DILEMMA'S IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

De spanning tussen financiële en relationele compensatie

S.D. Lindenbergh en P. Mascini

SAMENVATTING

Een robuuste onderzoeksbevinding is dat letselschadeslachtoffers niet alleen financieel, maar ook relationeel willen worden gecompenseerd. Aan de hand van acht interviews met letselschadeslachtoffers die hebben doorgeprocedeerd tot de Hoge Raad laten wij allereerst zien dat ook zij op zoek zijn naar beide vormen van compensatie. Ten tweede maken wij duidelijk dat dit niet betekent dat de inspanningen in verband met de behoefte aan financiële en relationele compensatie in de praktijk ook eenvoudig verenigbaar zijn; integendeel. Financiële compensatie vraagt om rationeel calculerend handelen door partijen die tegengestelde belangen najagen, terwijl relationele compensatie vraagt om een verzoenende houding waarbij beide partijen proberen de relatie te herstellen die is verstoord door het berokkende letsel. Voorts leiden wij uit ander onderzoek af dat niet alleen claimanten, maar ook aangesprokenen en hun advocaten en verzekeraars kampen met de dilemma's die de omgang met beide behoeften met zich meebrengen. Bovendien formuleren wij de verwachting dat de spanning tussen beide handelingsprincipes verder zal toenemen als gevolg van maatschappelijke trends die gelijktijdig optreden. Of het mogelijk is om de spanning te reduceren tussen de handelingen die nodig zijn in verband met de behoefte aan financiële en relationele compensatie is twijfelachtig, aangezien beide partijen een sterke prikkel hebben om zich calculerend op te stellen en, mede hierdoor, de neiging hebben om te twijfelen aan de oprechtheid van de intenties van de andere partij om te willen verzoenen.

1 INLEIDING

Het aansprakelijkheidsrecht berust op het impliciete uitgangspunt dat de situatie die zou hebben bestaan zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust moet worden hersteld. Een slachtoffer moet dus (financieel) in de positie worden gebracht 'alsof het ongeval niet had plaatsgevonden'. In de praktijk staan dan ook financiële berekeningen over de hoogte van het bedrag dat nodig is om het leven te kunnen leiden alsof het ongeluk

niet zou hebben plaatsgevonden centraal in het aansprakelijkheidsrecht. Het devies luidt om de schade door letsel zo ‘concreet en volledig’ mogelijk vast te stellen.¹ Echter: doordat hierbij vele abstracties worden toegepast, is de vaststelling allerm minst ‘concreet’ en is het zeer de vraag of ze ook ‘volledig’ is. In feite gaat het om een vergelijking aan de hand van twee hypothetische situaties: wij weten niet hoe de situatie zonder ongeval zich zou hebben ontwikkeld, maar voor zover het de toekomst betreft weten we evenmin hoe de situatie met ongeval zich gaat ontwikkelen.² Verder strekken niet alleen de gevolgen, maar ook de afwijking zich veelal over een langere periode uit, waardoor het vastpinnen van de schade op een begrotingstijdstip per definitie omkleed is met veel onzekerheid. Ook is niet eenvoudig vast te stellen wat de gevolgen van een ongeval zijn en hoe die zich vertalen in ‘schade’. Zo is het onderscheid tussen vermogensschade en wat als ‘ander nadeel’ moet worden gezien allerm minst eenduidig vast te stellen.³ Dit alles wil zeggen dat het vele onderzoek en rekenwerk dat voorafgaat aan de vaststelling van het bedrag dat de benadeelde ontvangt eigenlijk slechts de schijn van precisie wekt; in de praktijk wordt het bedrag uiteindelijk hoofdzakelijk in onderhandelingen vastgesteld.⁴

Drie empirische Nederlandse studies onder verschillende populaties claimanten hebben voorts uitgewezen dat financiële compensatie niet het enige is waaraan slachtoffers behoefte hebben. Dit betreft allereerst het onderzoek van de Stichting De Ombudsman, dat is gebaseerd op 147 interviews met letselschadeslachtoffers van verkeersongevallen, bedrijfsongevallen, medische fouten en geweldsmisdrijven.⁵ Deze slachtoffers hadden zich bij de Stichting De Ombudsman gemeld naar aanleiding van een thema-uitzending van TROS Radar met als onderwerp ‘Misstanden in de letselschadebranche’. Ten tweede het onderzoek van Eshuis e.a. dat is gebaseerd op 37 dossiers van het Bureau Beroepsziekten van de FNV.⁶ Hiervan zijn bovendien 16 slachtoffers geïnterviewd over de claim die zij hadden ingediend tegen hun toenmalige werkgever. Ten slotte het onderzoek van Huver e.a. ‘slachtoffers en aansprakelijkheid’, dat is gebaseerd op focusgroepen en interviews met 61 slachtoffers van verkeersongevallen, medische fouten, arbeidsongevallen of beroepsziekten en naasten van slachtoffers met ernstig letsel en nabestaanden van overleden slachtoffers.⁷ Al deze drie onderzoeken hebben uitgewezen dat het claimanten niet alleen om financiële compensatie gaat. Daarnaast verwachten slachtoffers dat het aansprakelijkheidsrecht een symbolische functie vervult.⁸

1 Vgl. Lindenberg 2008.

2 Zie ook Abel 2006.

3 Vgl. Rabin 2006.

4 Lindenberg 2008, p. 118.

5 Stichting de Ombudsman (2003).

6 Eshuis et al. 2009.

7 Huver et al. 2009.

8 Ook in deze zin p. Schwitters 2011; Schwitters 2012.

Slachtoffers willen begrijpen wat hun is overkomen, duidelijk maken wie verantwoordelijk is voor het ongeval en ervoor zorgen dat de aangesprokene schuld bekend, excuses aanbiedt en verantwoordelijkheid neemt voor de schade die hij heeft berokkend door compensatie te geven en preventieve maatregelen te nemen waarmee vergelijkbare gebeurtenissen in de toekomst kunnen worden voorkomen. Dit erkennen van schuld, het aanbieden van excuses en het nemen van verantwoordelijkheid stelt het slachtoffer in staat om de veroorzaker van het ongeval te vergeven en zich ermee te verzoenen.⁹ De behoefte aan verzoening maakt duidelijk dat ongevallen die aanleiding geven tot het indienen van een schadeclaim een ongewenste en onvoorziene relatie tot stand brengen tussen het slachtoffer en degene die daarvoor verantwoordelijk wordt gehouden, ongeacht of er daarvoor ook al sprake was van een relatie, zoals tussen werkgever en werknemer of tussen behandelend arts en patiënt. Slachtoffers willen naast financiële compensatie dat de relatie die door het ongeval is verstoord wordt hersteld, opdat zij zich kunnen verzoenen met de aangesproken partij, althans met hun situatie.

Ook psychologische experimenten hebben uitgewezen dat zelfs in geval van puur economische schade naast financiële ook relationele compensatie nodig is om het vertrouwen te herstellen dat door het ongeval is geschaad.¹⁰ Calculatief vertrouwen is gebaseerd op de verwachting een specifiek, tastbaar goed te verkrijgen. Hierbij staat de verwachting centraal dat transacties een voordelige uitkomst kunnen opleveren. Relationeel vertrouwen is gebaseerd op de identificatie met de waarden, motieven en verlangens van een ander. Enerzijds blijken slachtoffers wel gevoelig voor de hoogte van de schadevergoeding die zij ontvangen als die schadevergoeding vrijwillig wordt gegeven, maar niet wanneer die is afgedwongen. Ook leiden hogere schadevergoedingen alleen tot meer vertrouwen als de inbreuk als niet intentioneel wordt ervaren door het slachtoffer; indien de inbreuk als wel intentioneel wordt gezien, dan blijft het vertrouwen laag, ongeacht de hoogte van de compensatie. Anderzijds kunnen verontschuldigen vertrouwen wel herstellen, maar in beperktere mate dan wanneer ook een substantiële schadevergoeding wordt betaald. Schadevergoedingen die vergezeld gaan van verontschuldigen leiden tot meer vertrouwen dan schadevergoedingen alleen, en dan vooral wanneer dit vertrouwen betrekking heeft op een groep in plaats van een individu.¹¹

Kortom: zowel uit onderzoek naar wat slachtoffers willen bereiken wanneer zij een schadeclaim indienen als uit psychologische experimenten is gebleken dat financiële en relationele compensatie beide noodzakelijke, maar ieder op zich onvoldoende voorwaarden zijn om het vertrouwen te herstellen dat door het ongeval is geschaad. Financiële compensatie zonder dat de wederpartij erkent schuldig te zijn aan het ongeval dat het slachtoffer

⁹ Zie ook Toft 2006.

¹⁰ Desmet 2012.

¹¹ Desmet 2012, p. 594.

is overkomen en zonder daarvoor excuses aan te bieden, bemoeilijkt herstel van vertrouwen, net zo goed als excuses en een schuldbekentenis herstel van vertrouwen bemoeilijken als dit niet gepaard gaat met het bieden van financiële compensatie en het nemen van preventieve maatregelen.

In dit hoofdstuk gaan wij dieper in op de onderlinge verhouding tussen beide verwachtingen die slachtoffers hebben van het aansprakelijkheidsrecht. Akkermans e.a. concluderen dat er in tegenspraak met de bij de voorbereiding van hun onderzoek gemaakte veronderstelling geen tegenstelling bestaat tussen de behoefte aan financiële en emotionele compensatie: 'Uit onderzoek verrijst het beeld dat er tussen de behoefte aan financiële compensatie en immateriële wensen, zoals erkenning en genoegdoening, geen tegenstelling bestaat. Beide behoeften zijn vaak nauw met elkaar verweven.'¹² Doelstelling van onze bijdrage is om te laten zien dat de verwevenheid van deze behoeften allerm minst betekent dat zij gelijktijdig bevredigd kunnen worden in de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht.

Dit doen wij aan de hand van interviewgegevens met acht slachtoffers of hun nabestaanden die hebben doorgeprocedeerd tot en met de Hoge Raad.¹³ Dit zijn zeer atypische letselschadegevallen. De overgrote meerderheid van de letselschadegevallen wordt geschikt en bij de kleine minderheid van de gevallen die voor de rechter verschijnen, wordt zelden in hoger beroep gegaan.¹⁴ We hebben niettemin bewust voor letselschadegevallen gekozen waarin is doorgeprocedeerd tot de Hoge Raad, omdat in deze gevallen beide behoeften en hun onderlinge verhouding wellicht nog scherper naar voren komen dan in de hiervoor aangehaalde onderzoeken. Het gaat immers om gevallen waarin sprake is van ernstig letsel, waarin grote financiële belangen voor alle betrokken partijen op het spel staan en waarin de juridische strijd op het scherpst van de snede is gevoerd. Dit betekent uiteraard dat onze bevindingen niet zonder meer kunnen worden gegeneraliseerd naar gevallen waar de Hoge Raad niet aan te pas is gekomen.

Wij willen allereerst laten zien dat ook de slachtoffers die hebben doorgeprocedeerd tot de Hoge Raad zowel financieel als relationeel willen worden gecompenseerd, maar dat aan beide wensen verschillende handelingslogica ten grondslag liggen die niet of slechts heel moeilijk te verenigen zijn (par. 2). Dit komt doordat financiële compensatie om een berekenende houding vraagt waarbij de winst van de ene partij het verlies van de andere

12 Akkermans en Van Wees 2007.

13 Voor dit hoofdstuk zijn de vier interviews waarover de eerste auteur in het Nederlands Juristenblad (Lindenberg 2009) heeft gepubliceerd aangevuld met vier andere interviews van slachtoffers die tot en met de Hoge Raad hebben doorgeprocedeerd. Het gaat om: HR 30 juni 1978, NJ 1978/685 m.nt. G.J. Scholten (*Eabele Dillema I*), HR 8 december 1989, NJ 1990, 778 m.nt. C.J.H. Brunner (*Lars Ruröde*), HR 1 oktober 1993, NJ 1995/182 m.nt. C.J.H. Brunner (*Tamara van Uitert*), HR 25 juni 1993, NJ 1993/686 m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*), HR 28 mei 1999, NJ 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), HR 18 maart 2005, NJ 2009/328 (*KLM/De Kuijer*), HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (*LUMC/Kelly Molenaar*) en HR 3 juni 2005, NJ 2005/286 (*Wijnand/Koblentz*).

14 Lewis & Morris 2012.

partij inhoudt, terwijl relationele compensatie vraagt om te komen tot een gemeenschappelijke definitie van de situatie met als doel juist het overbruggen van tegenstellingen. De gelijktijdige aanwezigheid van de behoefte aan financiële en relationele compensatie impliceert dus niet automatisch dat beide behoeften ook verenigbaar zijn in het aansprakelijkheidsrecht. Integendeel, volgens ons zijn ze juist niet of heel moeilijk te verenigen. Ter onderbouwing van onze stelling laten we zien dat slachtoffers zich in sommige opzichten zelf van deze spanning tussen beide handelingslogica bewust zijn en begrijpen dat deze inherent is aan het aansprakelijkheidsrecht (par. 3). Vervolgens veronderstellen we op basis van ander onderzoek dat niet alleen claimanten, maar ook aangesproken personen en hun advocaten en verzekeraars kampen met de spanning tussen de omgang met de behoefte aan financiële en relationele compensatie (par. 4). Om deze veronderstelling systematisch te kunnen bestuderen dienen in vervolgonderzoek de verwachtingen van slachtoffers en van aangesprokenen en hun belangenbehartigers expliciet op elkaar te worden betrokken. Ten slotte staan we stil bij verschillende maatschappelijke ontwikkelingen op basis waarvan wij verwachten dat de spanning in het aansprakelijkheidsrecht tussen beide handelingsmotieven eerder zal toenemen dan afnemen (par. 5). Ook om deze verwachting te kunnen toetsen dient nader onderzoek te worden verricht.

2 FINANCIËLE COMPENSATIE EN RATIONELE CALCULATIE

De ongevallen hebben de levens van alle acht respondenten volledig op hun kop gezet. Tamara van Uitert is als baby ernstig verbrand door een lekkende kruik; Eabele Dillema is zeer ernstig gehandicapt geraakt toen hij als vierjarige door een auto werd aangereden; Lars Ruröde heeft zijn arm verloren en heeft ernstige verwondingen opgelopen toen hij als tienjarige door één van de draaiende onderdelen van de aftakas van een trekker met grote snelheid werd rondgeslingerd; Hanneke Kruidhof is als elfjarige ernstig verbrand doordat haar t-shirt vlam vatte door het gasfornuis op school toen zij thee aan het zetten was; de echtgenoot van Lies Cijssouw-Sommeijer (Bram Cijssouw) is overleden aan buikvlieskanker nadat hij op zijn werk bij De Schelde veelvuldig met asbest in aanraking is gekomen; Tehila Koblenz is op achttienjarige leeftijd aangereden door een tram en heeft daar blijvend fysiek en geestelijk letsel aan overgehouden; Menno de Kuyer heeft tijdens een tijdelijk verblijf in Abidjan als KLM-piloot een dwarslaesie opgelopen toen zijn taxi van de weg afraakte en Kelly is met ernstige genetische afwijkingen ter wereld gekomen nadat medici hadden verzuimd een embryonale test op erfelijkheidsziekten af te nemen.

Het heeft alle betrokkenen in wisselende mate veel tijd en moeite gekost om het ongeval dat hun is overkomen te accepteren. Zeker in de puberteit is dat heel lastig geweest:

‘Van mijn elfde tot mijn veertiende vond ik het heel erg. Ik ging me er ook anders door gedragen. De middelbare school wil ik n   t meer overdoen. Ik dacht: ik ben klaar; weg hier! Ik ben gaan overcompenseren in het leren. Daarin kon ik me bewijzen, maar dat is op die leeftijd natuurlijk niet cool. Vooral in de puberteit was het moeilijk, de dingen die je niet durft te doen omdat je anders bent.’ (Tamara)

‘Toen ik 12 of 13 was en op de mavo zat was de [kunst]arm een belemmering, met stoeien, met de vrouwtjes en met gym had ik er last van. Van mijn ouders moest ik hem dragen, maar als ik op school kwam deed ik hem af en stopte hem in een tas.’ (Lars)

Uiteindelijk hebben ze echter allemaal in meer of mindere mate leren leven met de gevolgen van het ongeval dat hun is overkomen. Dit betekent dat de slachtoffers zeggen veel minder bezig te zijn geweest met het leven dat zij hadden kunnen leiden als het ongeluk niet was gebeurd dan met het leven dat zij wilden leiden na het ongeval:

‘Ik deed gewoon met alles mee. Ik ben een mannetje van gewoon doen. Thuis waren mijn ouders heel streng: “ik kan het niet”, kennen we hier niet; je redt je er maar mee”. Na drie jaar was het alsof er niets gebeurd was.’ (Lars)

‘Voor mijn leven geldt dat het “ondanks dat” goed is. Ik heb bereikt wat ik wilde: een baan in het onderwijs, een man en twee kinderen. Mijn glas is altijd halfvol. Ik probeer altijd wat leuks van het leven te maken.’ (Tamara)

‘Je moet je op de mogelijkheden gaan richten: vroeger kon ik een 747 vliegen, ik kan nu nog steeds naar Zuid Frankrijk. In het VU-ziekenhuis keek ik naar de Tour de France via de televisie en ik dacht: daar kom ik nooit meer, maar een jaar later was ik weer in Frankrijk. Ik heb die instelling altijd gehad, maar die eigenschap komt nu onder een vergrootglas te liggen.’ (Menno)

Om een leven met het ongeval te kunnen leiden, zijn kostbare operaties, ziekenhuisbezoeken en aanpassingen nodig geweest en voorzien. Dit zijn de voornaamste kosten waarvoor respondenten gecompenseerd wilden worden:

‘Toen ik klein was ging het niet alleen om de toekomst, maar ook om aangepast speelgoed. Dat vreet geld. Je kunt je daar moeilijk een voorstelling van maken. Je wilt net als ieder kind spelen; je wilt alles wat normale – ik zeg maar ‘normale’ – kinderen ook kunnen, maar dat vergt steeds aanpassingen en uitbreidingen op

die aanpassingen. Ook hobby's kosten veel geld. Ik ben gek van elektronica, en vroeger ook van zenden, maar dat kost geld, vooral omdat alles moet worden aangepast.' (Eabele)

'Het is voor mij belangrijk dat het [smartengeld] er is. Het geeft me een bepaalde zekerheid. Verder zijn gemaakte kosten vergoed, bijvoorbeeld meerkosten van kleding, reiskosten, lidmaatschap van de vereniging van slachtoffers met brandwonden en reiskosten naar hun bijeenkomsten, de kosten van een extra studiejaar, een airco in mijn auto, maar een airco voor thuis moet ik nog bevechten.' (Hanneke)

Deze financiële compensatie is verhaald op de (verzekeraar van de) aansprakelijke. Dit betekent dat de vergoeding die het slachtoffer heeft gekregen, ten laste is gekomen van de andere partij. Er was met andere woorden sprake van een 'zero sum game'; de opbrengsten voor de ene partij zijn ten koste gegaan van de andere partij en vice versa. Dit uitgangspunt heeft volgens slachtoffers calculerend handelen uitgelokt bij de andere partij. Het heeft er volgens de slachtoffers toe geleid dat de andere partij bijvoorbeeld informatie achterhield om kosten te besparen:

Vader: 'Een groot probleem was de onzekerheid aan het begin. Als de verzekeringsmaatschappij de aansprakelijkheid eerder had erkend en richtlijnen had gegeven ten aanzien van de kosten die we mochten maken, dan was ons veel leed bespaard gebleven. Ik ben de eerste vijf weken op en neer gereden naar Beverwijk, omdat we in onzekerheid waren over welke kosten zouden worden vergoed. Ik wist niet of ik in een hotel mocht verblijven.'

Moeder: 'Op de behandeling van het slachtoffer door de verzekeraar zou een sanctie moeten staan. Ze hebben zich in het begin verkeerd opgesteld, daardoor is het zo gelopen. Ze hadden ons direct moeten informeren over de kosten die we mochten maken, bijvoorbeeld of we een hotel mochten nemen in Beverwijk. Het hoeft echt geen Hilton te zijn, maar wij wisten echt niets.' (ouders Hanneke)

Ook probeerde de aansprakelijke het slachtoffer af te kopen:

'Zo hebben we [tijdens een borrel met dorpsbewoners] nog ontdekt dat er valsheid in geschrifte is gepleegd met foto's. Ze hebben ook nog geprobeerd de zaak aan de deur af te kopen. Toen stond er hier iemand met een aanbod van 50.000 gulden aan de deur. Uiteindelijk is in 1997 een hoger bedrag betaald.' (Lars)

Het kwam ook voor dat het slachtoffer of zijn naasten (vals) werden beschuldigd:

‘Mijn vader is in mijn ogen nog als de Zwarte Piet afgeschilderd.’ (Eabele)

Soms rekte de aansprakelijke bewust tijd, in de ogen van het slachtoffer:

‘Het was de ene langzaamaanactie na de andere. Ik dacht: ze wachten tot ze dood is, dan hoeven ze niet te betalen.’ (vader Kelly)

Deze rationeel calculerende instelling die slachtoffers aan de aangesproken partij toeschreven is volgens hen ook gepaard gegaan met commodificatie – het uitdrukken van het leed dat zij en hun nabestaanden hebben geleden in geldeenheden.¹⁵ Hanneke, Tehila en Menno hebben het gevoel gehad object te zijn geweest van juridische haarkloverij in een procedure die voor een belangrijk deel over hun hoofden heen werd gevoerd:

‘Je moet met de billen bloot voor heel Nederland. Alles moeten ze van je weten. Je geeft veel bloot van de privacy. Je weet niet wat je rechten zijn en het is een enorme bureaucratie. Je moet iedere stap bevechten.’ (Hanneke)

‘Voor de schadestaat moest ik aangeven hoeveel kinderen ik zonder ongeval zou hebben willen hebben, en hoeveel nu. Laat me! Ik weet helemaal niet of ik dat aan kan. Waar bemoeien jullie je mee?! Waarom ben ik over alles verantwoording schuldig? Ik snap het natuurlijk wel: het schadevergoedingsbedrag moet ergens op gebaseerd zijn. Maar het is zo privé, zelfs nog tussen mij en mezelf!’ (Tehila)

‘Het winnen van de zaak vond ik het leukste. De afwikkeling was anders. Ik dacht soms: extra slijtage van kleding, waar hebben we het over? En de argumenten van de tegenpartij waren vaak tenenkrommend.’ (Menno)

Zowel het zich moeten verantwoorden voor de geleden schade als de financiële behoeften die deze met zich mee heeft gebracht en de lange duur van de procedure hebben ervoor gezorgd dat de slachtoffers de procedure als een ongeluk bij een ongeluk hebben ervaren, of wat in de literatuur ‘secundaire victimisatie’ wordt genoemd.¹⁶ Tehila en Lars verwoorden dit gevoel als volgt:

¹⁵ Abel 2006, p. 282.

¹⁶ Hickling et al. p. 2006.

‘Met name voor mijn vader is dat verschrikkelijk geweest. Hij was dertig toen het ongeval plaatsvond en bijna vijftig toen de zaak werd afgewikkeld. Ongeveer vier keer per jaar moest hij naar de advocaat en soms vaker. Hij was er altijd ziek van, wel een week van tevoren aan de schijterij. Hij heeft er in het begin wel een eind aan willen maken. De boom kan ik je wel aanwijzen. Maar mijn moeder zei: als je dat maar uit je hoofd laat, want hoe moet het dan verder met ons?’
(Lars)

Respondenten schreven echter niet alleen rationeel calculerend handelen aan de aangeklaagde partij toe; ze gaven aan daar zelf ook mee te kampen. Volgens Tehila werd dit ongewild opgeroepen door de rechtszaak:

‘Weet je wat het moeilijkste is met het ongeluk? Je wilt jezelf ontwikkelen, maar je hebt die schadestaat. Als je iets goed doet, denk je direct dat ze zullen denken: “Oh, ze heeft dus niets nodig.”’ (Tehila)

Het calculerend gedrag kon ook los worden gezien van het gedrag van de aangeklaagde partij. Tamara geeft bijvoorbeeld aan dat zij de rechtszaak heeft gezien als een mogelijkheid om financiële compensatie te krijgen en dat ze heeft stilgestaan bij de vraag hoe de financiële vergoeding het beste kon worden beheerd:

‘Ik was er niet op uit om veel geld binnen te slepen. Ik was wel berustend, maar als je de kans wordt geboden, dan laat je die niet liggen. Ik had het geluk dat ik het pro deo kon doen, zeven jaar lang. Het bedrag dat is uitbetaald heb ik toen belegd. Dat was nog wel lastig, omdat niemand in mijn omgeving verstand had van geld.’ (Tamara)

Niet alle respondenten hebben het rationeel calculeren dat kwam kijken bij de onderhandelingen over financiële compensatie alleen maar als negatief ervaren. Zo geeft Menno aan op sommige momenten door het onderhandelingspel te zijn geboeid:

‘De cassatieprocedure vond ik een boeiende periode. Eerst kwam het advies van de A-G – toen was het eigenlijk al duidelijk – en daarna de Hoge Raad. Het winnen van de zaak was wel heel erg leuk. Daarna was er even onzekerheid: wat nu? Maar een vriendin van mij is goed bekend in de letselschadepraktijk en zei: je moet naar John Beer. Toen is er een berekening gemaakt en begon er een kat-en-muisspel. Dat was soms frustrerend. Dan werd er toegezegd om te betalen, maar dat werd dan toch weer niet gedaan. Ik heb dat altijd gezien als een soort spel. Eerder in de procedure hadden we gevraagd om een voorschot van 150.000

euro, maar zij wilden hooguit 30.000 betalen. Pas onder druk van een kort geding kwamen ze over de brug. Ik begreep al snel hoe dat rollenspel in elkaar steekt.’ (Menno)¹⁷

Tehila en Lies vertelden dat de gehele juridische procedure hen zelfstandiger en assertiever heeft gemaakt en hen heeft geleerd om voor zichzelf op te komen op een manier die zonder de rechtszaak niet zou hebben plaatsgevonden:

‘Je leert uiteindelijk alles voor jezelf te regelen, zowel op het praktische als op het emotionele vlak, maar ondertussen blijven de slepende rechtszaken emotioneel heel erg zwaar.’ (Tehila)

‘Het heeft ook veel betekend voor mijn eigen leven. Toen Bram overleed was ik oppasmoeder, bij ons aan huis. Mijn vader was kachelsmid en ik heb zelf alleen huishoudschool gedaan. Ik ben in die tijd helemaal veranderd. Vanaf het moment dat Bram ziek werd en we zijn gaan procederen is er een knop omgegaan. Ik ben veel meer voor mezelf gaan opkomen. Ik ben toen ook op verschillende manieren actief geworden, als voorleesmoeder op school, in het buurthuis en later in het bestuur daarvan, en nu zit ik al 22 jaar in het bestuur van de Asbestslachtoffer Vereniging Nederland. Ik heb bij het jubileum zelfs een hele zaal vol mensen toegesproken. Zo heeft het me ook gevormd.’ (Lies)

Het rationeel calculerende handelen dat komt kijken bij schadeclaims is dus niet iets dat slachtoffers alleen aan de aangesproken partij toeschrijven; ze betrekken het ook op zichzelf. Bovendien is het niet iets dat ze per definitie als negatief ervaren.

3 RELATIONELE COMPENSATIE EN VERZOENEN

Net als uit de in de inleiding genoemde studies is gebleken, wilden ook onze respondenten niet alleen financieel maar ook relationeel worden gecompenseerd. Ze wilden dat door de rechtszaak duidelijk werd dat hun claim gerechtvaardigd was, dat de aangesprokene schuldig werd bevonden en dat die zelf ook schuld erkende en toonden zich teleurgesteld als dit niet gebeurde:

17 Voor een vergelijkbare bevinding zie Huver et al. 2007, p. 71 met betrekking tot een van de twee mensen die de procedure helemaal niet belastend vonden omdat ze zelf in de verzekeringsbranche hadden gewerkt: ‘Hoezo belastend? Je bedoelt om je daarin te verdiepen (...). Nou, dat klinkt wel heel gek, maar ik vind dat wel leuk. Ik vind het wel leuk. Dan zat ik achter mijn schrijfmachine om dan brieven op te stellen en zo en dan voelde je gewoon weer je werkzaamheden van vroeger. Ik vond dat eigenlijk wel heerlijk hoor’ (slachtoffer verkeersongeval).

'Zijn we er iets mee opgeschoten? Ja, het is een stukje genoegdoening, dat het niet gebagatelliseerd is.' (ouders Hanneke)

'Mijn dochter Monique en ik dachten toen: je moet hier toch iemand voor kunnen aanspreken? Ik was zelf verschrikkelijk boos, want ze hebben mensen gewoon met asbest laten werken, terwijl er al heel wat bekend was over de schadelijkheid ervan. Het geld had voor ons niet zo'n bijzondere betekenis, meer het recht: dat De Schelde moest toegeven dat ze fout geweest waren. Dat was voor mij de grootste genoegdoening.' (Lies)

'Mijn vader's argumentatie om de kraamhulporganisatie aansprakelijk te stellen is destijds afgewimpeld en ik voelde me niet schuldig om de procedure alsnog op te pakken. Het geeft ook wel genoegdoening dat de argumentatie van mijn vader destijds klopte.' (Tamara)

'Ik had nog wel een briefje van het ziekenhuis of de verzekeraar verwacht, om er een streep onder te zetten na deze 18 jaar, maar we hebben niets meer van ze gehoord. Dat steekt toch.' (vader Kelly)

Bij Eabele en Lars leefde de behoefte om de aangesprokene het ongeval te vergeven en zich met hem te verzoenen. Op de vraag of hij ooit nog contact heeft gehad met de automobilist, antwoordt Eabele:

'Nee, dat heb ik best jammer gevonden; niet omdat ik het hem kwalijk neem, want het was een ongeluk. Ik zou graag hebben geweten wie mij heeft aangereden, en ik zou graag persoonlijk tegen hem gezegd hebben dat ik niet boos ben op hem omdat het een ongeluk was. Hij zit nu volgens mij in een verpleegtehuis.' (Eabele)

'De afwikkeling heeft de relatie met Vrieling [de boer die eigenaar was van de trekker die het ongeval van Lars heeft veroorzaakt] niet beïnvloed. Die heeft het wel moeilijk gehad met het ongeval. Het was voor Gert [Vrieling] ook een zware tijd, maar hij is niet afgebrand door het dorp. Er zijn nooit haatgevoelens geweest. Hij heeft nog een dochter verloren door een verkeersongeval en is later naar Groningen gegaan.' (Lars)

Respondenten wilden niet alleen relationeel gecompenseerd worden, maar ervoeren ook een duidelijke spanning tussen de opstelling die nodig was om financiële en relationele compensatie te krijgen. Twee voorbeelden illustreren dit. In het eerste voorbeeld toont Tehila er begrip voor dat haar privacy ernstig is geschonden in de procedure vanwege de

financiële belangen die in het geding waren¹⁸ (zie ook Toft 2006). In het tweede voorbeeld vertelt Tamara dat het bezoeken van de kraamverzorgster vanuit juridisch oogpunt slim was, maar vanuit menselijk oogpunt juist niet:

‘Waarom ben ik over alles verantwoording schuldig? Ik snap het natuurlijk wel: het schadevergoedingsbedrag moet ergens op gebaseerd zijn. Maar het is zo privé, zelfs nog tussen mij en mezelf!’ (Tehila)¹⁹

‘De kraamverzorgster heb ik nog wel eens benaderd. Dat was op advies van Jan Bijkerk [advocaat Tamara], om te bezien of dat een rechtsgang kon besparen. Ik kwam daar op een zondag. Dat had ik nooit moeten doen, want zij was streng gelovig en heeft het altijd gezien als een straf van god dat dit haar op haar 64^{ste} nog moest gebeuren. Ze zat toen in een verzorgingstehuis en wilde aanvankelijk wel praten, maar na ruggespraak wilde ze geen contact meer. Ze heeft het kennelijk gezien als een aantijging. Het was misschien vanuit juridisch oogpunt een slimme zet, maar vanuit menselijk oogpunt niet. Het bezoek heeft mij wel in staat gesteld om te laten zien dat ik tot een aardig meisje was uitgegroeid. Die kraamhulp had nog altijd dat ellendige beeld voor zich van een verbrand, hulpeloos, pasgeboren baby’tje. Ik heb haar ook tijdens het gesprek duidelijk gemaakt dat ik haar als mens niets kwalijk neem, maar dat zij nu eenmaal verzekerd was voor dit soort ongelukken en dat ik daarom het kraamcentrum aansprakelijk wilde stellen.’ (Tamara)

Het besef dat financiële compensatie een berekenende opstelling van de aangesprokene vergde die relationele compensatie in de weg stond, is reden te meer geweest voor respondenten om waardering op te brengen voor aangesprokenen die zich in hun ogen desondanks verzoenend hebben opgesteld. Hierbij maakte Tehila een onderscheid tussen de opstelling van de veroorzaker van het ongeval (verzoenend) en zijn advocaat (berekenend):

‘Begin 1997 ontmoette ik tijdens het getuigenverhoor in de rechtbank voor het eerst de trambestuurder. Er werden alleen handen geschud, verder werd er niets gezegd. In de zomer van 1997 heb ik op eigen initiatief een gesprek gehad met de trambestuurder om erover heen te komen. (Later beweerde de advocaat van het

18 Zie ook Toft 2006.

19 Zie bijvoorbeeld ook Huver et al. 2007, p. 72; zie ook p. 71, citaat R03110404: ‘En ... misschien ook wel, dat klinkt misschien wel stom, als zo’n verzekering ook eens een keer een bosje bloemen zou sturen of zo. (...) Of een kaartje, gewoon van ... niet alleen van die zakelijke kant bezig zijn. Want dat snap ik met mijn hoofd ook wel, dat zij het ook zo goedkoop mogelijk willen doen, maar het voelt toch als een ontkenning van de pijn en verdriet wat je met elkaar hebt’ (naaste van slachtoffer arbeidsongeval).

GVB voor de rechter nog dat het hun initiatief was geweest.) Ik heb toen ook zijn kant van het verhaal gehoord en kon toen langzaam dat deel achter me laten. Je accepteert. Je wilt wel leven. Dat was – als ik nu terugkijk – het keerpunt waarna mijn emoties op de rechtszaak zijn gericht, en op de advocaat van de tegenpartij. Je procedeert tegen de gemeente en dat is een soort black box; je weet niet wie de beslissingen neemt. Mijn advocaat legt het me wel uit, maar ik heb nog nooit zoiets meegemaakt. Voor zo'n gesprek met een schadebehandelaar lig ik twee weken wakker. Ook van het medisch onderzoek was ik een week van slag.' (Tehila)

Hieruit blijkt ook dat bij de afwikkeling als het ware op twee niveaus ontwikkelingen plaatsvinden. Enerzijds zijn er de benadeelde en de oorspronkelijke veroorzaker, anderzijds zijn er de (belangenbehartiger van de) benadeelde en de aansprakelijkheidsverzekeraar (of diens advocaat). Op het eerste niveau lijkt verzoening meer centraal te staan, maar de communicatie ontwikkelt zich in de loop van het proces vooral naar het tweede niveau, waar financiële afwikkeling centraal staat. Iets vergelijkbaars gold voor Hanneke en haar vader. Zij hadden de indruk dat de leerkrachten op de school waar zij haar brandwonden had opgelopen zich wel verzoenend wilden opstellen, maar dat zij dit niet mochten van hun verzekeraar. Deze indruk heeft ervoor gezorgd dat ze niet de leerkrachten, maar de gemeente hebben aangesproken:

'De school heeft, zeker in het begin, erg zijn best gedaan.' (Hanneke) *'De leerkrachten mochten van de verzekeraar geen uitspraken doen over het ongeval. Ze kwamen wel langs, maar we hadden het gevoel dat ze toch niet echt vrijuit durfden te spreken. Dat moet voor hun eigen verwerking ook wel moeilijk geweest zijn. We moesten uiteindelijk kiezen wie we aansprakelijk wilden stellen. We hebben toen bewust niet voor de leerkrachten, maar voor de gemeente gekozen.'* (vader Hanneke)

Dat respondenten hebben ervaren dat de inspanningen die nodig waren om financieel te worden gecompenseerd op gespannen voet staan met verzoening blijkt ook uit het feit dat ze kampten met schuldgevoelens over hun eigen berekenende gedrag of zich schaamden voor het vooruitzicht dat anderen hen inhalig zouden vinden:

'Ik voel me eigenlijk schuldig en onzeker over het geld. Mijn advocaten zeggen: je moet je leven er zo mee inrichten als je zonder het ongeval zou hebben gedaan. Ik gebruik het geld ook om in mijn levensonderhoud te voorzien. Nu wil ik er [van het voorschot] nog twee maanden van leven en vraag me dan af: moet ik daarvoor iemand permissie vragen? Die onzekerheid blijft. Had ik zuiniger moeten zijn op dat geld? Je voelt je er schuldig over.' (Tehila)

‘Het was te veel een alles-of-nietszaak. Het is alles geworden en ik ben heel tevreden met de uitkomst, maar we hadden natuurlijk eigenlijk moeten schikken. Ik zat er tijdens de procedure iedere dag op kantoor [van de KLM]. Ik heb het eigenlijk altijd onsympathiek gevonden. Ik begrijp het juridisch wel, maar tegen een werkgever procedeer je niet.’ (Menno)

‘Ik vind het wel lastig dat er weer over geschreven wordt. Ik ben bang dat anderen denken: wat een inhalig type, en dat op kosten van de gemeenschap.’ (Tamara)

‘We hadden daar [met de hoge schadeberekening van de eigen belangenbehartiger] nooit in mee moeten gaan, want de rechtbank heeft door die hoge eis wellicht het idee gekregen dat wij geldwolven zijn.’ (vader Kelly)

Kortom: het begrip dat slachtoffers konden opbrengen voor het rationeel calculerende handelen van de aangesproken partij in verband met de financiële belangen die in het geding waren, hun schuldgevoelens voor hun eigen berekenende gedrag en de angst dat anderen hen van inhaligheid zouden verdenken, zijn evenzovele aanwijzingen dat slachtoffers een niet of nauwelijks overbrugbare spanning ervoeren tussen de inspanningen die nodig waren om financiële en relationele compensatie te krijgen.

4 PROCEDEREN IS RISKY BUSINESS

Het streven naar financiële compensatie verlangt dus een berekenende houding van slachtoffers, terwijl een dergelijke houding verzoening met de wederpartij in de weg staat. Omgekeerd lopen slachtoffers het risico dat de wederpartij hun bereidheid tot vergeven misbruiken om er financieel voordeel uit te halen. Aangesproken partijen of hun verzekeraars kunnen bijvoorbeeld excuses aanbieden in de hoop dat slachtoffers genoeg nemen met minder compensatie dan zij zouden moeten geven als zij zich niet menselijk zouden opstellen, geen schuld zouden bekennen en geen excuses zouden aanbieden. Zo heeft Ilan laten zien dat sommige advocaten in letselschadezaken zich om deze reden inspannen voor een snelle afhandeling van de schadeclaim en opteren voor een verzoenende houding.²⁰ Slachtoffers worstelen dus met een dubbel dilemma: enerzijds vergroot een berekenende instelling de kans op een goede financiële compensatie, maar staat dit verzoening met de verantwoordelijk gestelde partij in de weg. Anderzijds bevordert vergevingsgezindheid het herstel van de verstoorde relatie met de wederpartij, maar bestaat tegelijkertijd het

²⁰ Ilan 2011.

risico dat de wederpartij excuses en een schuldbekentenis strategisch inzet om de hoogte van de financiële compensatie omlaag te brengen.

Ander onderzoek heeft uitgewezen dat aangesproken partijen met vergelijkbare dilemma's kampen. Excuses aanbieden en schuld bekennen kunnen enerzijds een bijdrage leveren aan het herstel van de relatie met het slachtoffer, maar houden tevens het risico in dat slachtoffers ze tegen hen gebruiken, wat er in de praktijk op neer komt dat aangesproken partijen op deze manier meewerken aan hun eigen veroordeling.²¹ Daarnaast kunnen aangesprokenen of hun verzekeraars proberen zich in te dekken tegen onterechte claims ('frivolous cases') door bijvoorbeeld informatie in te winnen over de antecedenten en claimgeschiedenis van claimanten, de reputatie van hun advocaten en door deze advocaten te intimideren,²² maar uiteraard bemoeilijken dergelijke strategieën het herstel van de relatie met het slachtoffer.

Kortom: het lijkt erop alsof beide partijen kampen met de spanning tussen de berekende opstelling die het spel om de financiële compensatie van hen vraagt en de verzoevende houding die nodig is om de verstoorde relatie tussen het slachtoffer en de aangesprokene te herstellen. Deze aanwijzingen dat ook de aangesproken partijen en hun advocaten en verzekeraars kampen met de tegenstrijdige reacties waar claims voor financiële en relationele compensatie om vragen, zijn ontleend aan ander onderzoek. Vervolgonderzoek is nodig waarin de verwachtingen en strategieën van slachtoffers en hun gemachtigden en van aangesprokenen en hun verzekeraars systematisch op elkaar worden betrokken.

5 TOENEMENDE SPANNING TUSSEN CALCULEREN EN VERZOENEN?

Naar verwachting zal de spanning tussen de behoefte aan financiële en relationele vergoeding in het aansprakelijkheidsrecht toenemen als gevolg van verschillende maatschappelijke ontwikkelingen die gelijktijdig optreden.

Enerzijds zijn er verschillende ontwikkelingen op basis waarvan mag worden verwacht dat de neiging tot calculerend handelen in het aansprakelijkheidsrecht verder toeneemt. Dat geldt allereerst voor de professionalisering van het aansprakelijkheidsrecht, waardoor de afhandeling van claims in toenemende mate wordt uitbesteed aan verzekeraars of commerciële letselschadeadvocaten of -bureaus.²³ Deze partijen specialiseren zich hoofdzakelijk in het onderhandelen over de gerechtvaardigdheid van claims en de vaststelling van de hoogte van vergoedingen. Dit stimuleert calculerend handelen. Daarnaast is aansprakelijkheid voor letselschade in de afgelopen decennia verruimd in het aansprakelijk-

²¹ Toft 2006.

²² Ilan 2011, maar ook Marseille & Harryvan 2012.

²³ Vgl. Schwitters 2011.

heidsrecht.²⁴ Hierdoor wordt het belang groter voor schadeclaimbehandelaars en verzekeraars om strategieën toe te passen waarmee zij zich kunnen verdedigen tegen in hun ogen onterechte schadeclaims. Deze verdedigingsmechanismen worden verder aangemoedigd door de verspreiding van de idee dat we steeds meer in een claimcultuur komen te verkeren. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is de neoliberale gedachte opgekomen dat individuen voor hun eigen belangen moeten opkomen en daarvoor niet bij de overheid moeten aankloppen.²⁵ Dit neoliberalisme zou tegelijkertijd de afbraak van de verzorgingsstaat in de hand werken en de opkomst van een claimcultuur.²⁶ Dit toegenomen geloof in de opkomst van een claimcultuur indiceert zelf een groeiend wantrouwen in de motieven van claimanten en voedt de neiging om rationeel calculerende strategieën te ontwikkelen waarmee aangesproken partijen en hun verzekeraars zich kunnen verdedigen tegen in hun ogen onterechte claims.²⁷ Kortom: de professionalisering van het aansprakelijkheidsrecht, de verruiming van het aansprakelijkheidsbegrip en de verspreiding van de idee van een claimcultuur versterken allemaal de neiging tot calculerend handelen in het aansprakelijkheidsrecht.

Anderzijds is ook de behoefte aan relationele compensatie toegenomen. Deze trend hangt samen met ontwikkelingen die doorgaans worden geschaard onder de noemer van individualisering. Sinds de tweede helft van de vorige eeuw is de nadruk op zelfbepaling en individuele vrijheid toegenomen.²⁸ Deze verandering is gepaard gegaan met toenemende assertiviteit.²⁹ Doordat individuen in toenemende mate zichzelf centraal zijn gaan stellen, is de behoefte aan respect, ruimte voor de eigen emoties en een persoonlijke behandeling toegenomen. Er zijn verschillende ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht die inspelen op de behoefte van slachtoffers aan een persoonlijke behandeling van hun claim: inzage in eigen dossier, persoonlijk contact opnemen met het slachtoffer, bijvoorbeeld door te bellen, gedragscodes.³⁰ Deze toegenomen aandacht voor het slachtoffer ziet men ook terug in het strafrecht. Kortom: het lijkt erop dat aan de symbolische dimensie van het aansprakelijkheidsrecht niet alleen steeds meer belang wordt gehecht, maar dat deze hierin ook steeds meer geïnstitutionaliseerd raakt.

Het lijkt er dus op dat trends die de neiging tot calculerend handelen in het aansprakelijkheidsrecht versterken gelijktijdig optreden met trends waardoor meer nadruk komt te

24 Y. Bacharias, S.D. Lindenberg & P. Mascini, 'Preventie van arbeidsuitval: ontwikkelingen in arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid', elders in deze bundel.

25 Peck & Tickell 2002.

26 Vgl. Lau 2009 en Lau 2012, alsmede Ilan 2011.

27 Wellicht met uitzondering van claims tegen verkeersongevallen, weerspreken recente onderzoeken overigens dat feitelijk sprake is van de opkomst van een claimcultuur (Eshuis 2003; Hand 2010; Lewis & Morris 2012). Niettemin blijft dit idee hardnekkig voortbestaan, waardoor het de angst voor onterechte claims kan blijven voeden, terwijl daar feitelijk niet of nauwelijks aanleiding toe is.

28 Houtman 2003, alsmede Duyvendak 2004.

29 Van den Brink 2002.

30 Vgl. Akkermans & Van Wees 2007, alsmede Elbers et al. p. 2012.

liggen op het belang van verzoening tussen slachtoffers en degenen die zij voor hun leed verantwoordelijk stellen. Dit betekent dat naar verwachting de spanning tussen de behoefte aan financiële en relationele compensatie alleen maar verder zal toenemen. Zolang deze spanning niet wordt gereduceerd, zal het aansprakelijkheidsrecht aanleiding geven tot onvrede bij slachtoffers en wellicht ook bij de aangesproken partijen. Deze vraag naar de manier waarop de spanning tussen financiële en relationele compensatie zich ontwikkelt, verdient nader onderzoek.

6 CONCLUSIE

Slachtoffers van letselschade die hun heil zoeken in het aansprakelijkheidsrecht blijken zowel financiële als emotionele motieven te hebben. Zoveel bevestigen de gehouden interviews in elk geval. Voor aangesproken personen geldt waarschijnlijk hetzelfde: hoewel zij geen procedure initiëren, hebben ook zij uiteraard financiële belangen, die mede van betekenis kunnen zijn voor hun 'emotionele' opstelling. Hoewel deze verschillende motieven en belangen – in elk geval in theorie – kunnen samenlopen, laten de interviews zien dat zij vooral op belangrijke punten tot uiteenlopend gedrag aanleiding geven: de behoefte aan financiële compensatie vergt een opstelling waarin het eigen belang en rationeel calculerend gedrag centraal staat, terwijl de behoefte aan erkenning en verzoening veeleer om persoonlijk contact en het overbruggen van tegenstellingen vraagt. Het ligt, gelet op de juridische en maatschappelijke ontwikkelingen, in de rede om aan te nemen dat deze wensen en standpunten eerder verder van elkaar verwijderd zullen raken, dan naar elkaar toe zullen groeien. Pogingen in de afgelopen jaren om de afwikkeling van letselschades te verbeteren met behulp van gedragscodes kunnen weliswaar bijdragen aan een versoepeling van de financiële afwikkeling, maar omdat zij op die financiële afwikkeling zijn toegesneden, is het maar de vraag of zij aan verbetering van relationele compensatie (kunnen) bijdragen. Een complicerende factor bij dit alles is dat door de uiteenlopende belangen van de verschillende betrokkenen communicatie op verschillende niveaus ontstaat: het eigenlijke slachtoffer en de voor de schade aangesproken persoon zijn aanvankelijk de meest betrokken partijen, maar in de loop van het proces van schadeafwikkeling nemen de belangenbehartiger van de benadeelde en (die van de) verzekeraar van de aansprakelijke een steeds belangrijker positie in. Dit kan er enerzijds toe leiden dat financiële belangen in de loop van het proces een centraler plaats krijgen boven emotionele en relationele belangen. Anderzijds kan een zekere vervreemding optreden, omdat het debat niet meer alleen of zozeer wordt gevoerd door de rechtstreeks betrokkenen: betwisting van stellingen van iemand die men niet kent is makkelijker; afgeven op een anonieme verzekeraar is vrijblijvender (conform Black, 1976). Daardoor kan verzoening verder worden bemoeilijkt. Tegelijkertijd ligt er misschien een kans op dit punt: als op het ene niveau aan verzoening

wordt gewerkt, kan op het andere niveau misschien financiële afwikkeling worden gerealiseerd. Dat zou ervoor pleiten deze trajecten (meer) van elkaar te scheiden. Of financiële vereffening en emotionele verzoening zich inderdaad in onderscheiden trajecten laten realiseren zou nader moeten worden onderzocht. Samenloop in een traject leidt er in elk geval toe dat beide invalshoeken (steeds meer) met elkaar op gespannen voet (komen te) staan.

De zaken van de geïnterviewden zijn in die zin uitzonderlijk dat deze slachtoffers procedeerden tot en met de Hoge Raad. Zij zijn daarom niet representatief voor het overgrote deel van de gevallen waarin letselschades worden afgewikkeld zonder dat de Hoge Raad, of zelfs enige andere rechter, eraan te pas komt. Zij zijn niettemin wel illustratief voor het hier geschetste probleem: het uiteenlopen – en botsen – van financiële en relationele behoeften in het afwikkelingsproces. Nader onderzoek zou in de eerste plaats kunnen aantonen of onze veronderstelling juist is dat de spanning tussen relationele en financiële behoeften in het proces van afwikkeling van letselschades inderdaad toeneemt. Voorts zou nader onderzoek, waarin de perspectieven van de verschillende relevante partijen (slachtoffer, belangenbehartiger, aansprakelijke, verzekeraar) ten aanzien van financiële en emotionele belangen op elkaar worden betrokken, meer licht kunnen werpen op deze precieze interactie. Het zou ook iets kunnen leren over mogelijk te onderscheiden trajecten: een relationeel en een financieel traject binnen het kader van de afwikkeling.

LITERATUUR

Abel 2006

R.L. Abel, 'General Damages Are Incoherent, Incalculable, Incommensurable, and Inegalitarian (But Otherwise A Great Idea)', *DePaul Law Review* 55, 2006, p. 253-329.

Akkermans & Van Wees 2007

A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief: Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden', *TVP* 2007/4, p. 103-118.

Bacharias et al. 2013

Y. Bacharias, S.D. Lindenberg & P. Mascini, 'Preventie van arbeidsuitval: ontwikkelingen in arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (eds.), *Gedrag en privaatrecht: Gedragpresumpties bij en gedragseffecten van privaatrechtelijke leerstukken*, p. 283-301, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Black 1976

D. Black, *The Behavior of Law*, New York, San Francisco, London: Academic Press 1976.

Van den Brink 2002

G. van den Brink, *Mondiger of moeilijker? Een studie naar de politieke habitus van hedendaagse burgers*, Den Haag: Sdu 2002.

Desmet 2012

P.T.M. Desmet, 'De psychologie van financiële compensaties: maakt geld alles goed?', in: M.K.G. Tjepkema e.a. (red.), *Coulant compenseren*, Deventer: Kluwer 2012, p. 583-596.

Duyvendak 2004

J.W. Duyvendak, 'De individualisering van de samenleving en de toekomst van de sociologie', *Sociologische Gids* 51(4), 2004, p. 496-506.

Elbers et al. 2012

N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees & A.J. Akkermans, 'Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken': Letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger', *TVP* 2012/3, p. 102-113.

Eshuis 2003

R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*. Onderzoek en beleid, nr. 209. Den Haag: Boom Juridische uitgevers/Ministerie van Justitie, WODC 2003.

Eshuis et al. 2009

W.A. Eshuis, M.H. Schaapman, N.J. Philipsen, J.R. Popma, G. van der Laan, J.G. Bakker & B. Sorgdrager, *Leorzame schadeclaims: Leren van 'worst case scenarios' als opstap naar effectieve interventie en preventie rond beroepsziekten*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2009.

Hand 2010

J. Hand, 'The Compensation Culture. Cliché or cause for concern?', *Journal of Law and Society* 37(4), 2010, p. 569-591.

Hickling et al. 2006

E.J. Hickling, E.B. Blanchard & M.T. Hickling, 'The psychological impact of litigation: compensation neurosis, malingering, PTSD, secondary traumatization, and other lessons from MVAS', *DePaul Law Review* 55, 2006, p. 617-633.

Houtman 2003

D. Houtman, *Class and politics in contemporary social science: 'Marxism Lite' and its blind spot for culture*, New York: Aldine de Gruyter 2003.

Huver et al. 2009

R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid: Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2009.

Ilan 2011

J. Ilan, 'The commodification of compensation? Personal injuries claims in an age of consumption', *Social & Legal Studies* 20(1), 2011, p. 39-55.

Lau 2009

R.W.K. Lau, 'The contemporary culture of blame and the fetishization of the modern mentality', *Current Sociology* 57(5), 2009, p. 661-683.

Lau 2012

R.W.K. Lau, 'Understanding contemporary modernity through the trends of therapy and life- 'skills' training', *Current Sociology* 60(1), 2012, p. 81-100.

Lewis & Morris 2012

R. Lewis & A. Morris, 'Tort law culture: image and reality', *Journal of Law and Society* 39(4), 2012, p. 562-592.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, 'Vaststelling van letselschade: Veel aandacht voor een fictieve toekomst, maar weinig voor daadwerkelijke financiële zekerheid', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2008, p. 118-124.

Lindenhergh 2009

S.D. Lindenbergh, 'Vier kinderen en hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2009/84, p. 2670-2682.

Marseille & Harryvan 2012

A.T. Marseille & G.J. Harryvan, 'Afwikkeling van schadegeschillen over overheidshandelen in de praktijk', in: M.K.G. Tjepkema e.a. (red.), *Coulant compenseren*, Deventer: Kluwer 2012, p. 49-69.

Peck & Tickell 2002

J. Peck & A. Tickell, 'The urbanization of neoliberalism: theoretical debates – neoliberalizing space, *Antipode* 34(3), 2002, p. 380-404.

Rabin 2006

R.L. Rabin, 'Pain and suffering and beyond: some thoughts on recovery for intangible loss, *DePaul Law Review* 55, 2006, p. 359-377.

Schwitters 2011

R. Schwitters, 'Wat zijn de maatschappelijke gevolgen van een instrumenteel aansprakelijkheidsrecht?', in: M. Hertogh & H. Weyers (red.), *Recht van onderop: Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 327-347.

Schwitters 2012

R. Schwitters, 'Non-pecuniary damages: financial incentive or symbol?', *Recht der werkelijkheid* 33/2, 2012, p. 48-64.

Stichting De Ombudsman 2003

Stichting De Ombudsman, *Letselschaderegeling: Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid*, Hilversum: Stichting De Ombudsman 2003.

Toft 2006

L. Toft, 'On Bended Knee (with Fingers Crossed)', *DePaul Law Review* 55, 2006, p. 601-615.

16 AANSPRAKELIJKHEID EN DEFENSIEF GEDRAG: NUANCERING GEWENST

G. van Dijk*

SAMENVATTING

In literatuur, rechtspraak en beleidsstukken over het aansprakelijkheidsrecht wordt met enige regelmaat gewezen op defensief gedrag als gevolg van aansprakelijkheid. Deze bijdrage laat aan de hand van een vergelijking met empirische ‘defensive medicine’-studies zien dat de relatie tussen aansprakelijkheid en defensief gedrag genuanceerder moet worden bekeken dan doorgaans in het aansprakelijkheidsrecht gebeurt. Aansprakelijkheid kan in dezelfde situatie zowel wel als niet leiden tot defensief gedrag, afhankelijk van hoe de twee begrippen worden gedefinieerd. De bevindingen in deze bijdrage zijn relevant voor beleidsmakers die zich afvragen of beperking van aansprakelijkheid maatschappelijk wenselijk is, alsook voor onderzoekers die ‘defensief gedrag’ onderzoeken of het argument (willen) gebruiken.

1 INLEIDING

Voor het aannemen van (schuld)aansprakelijkheid in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is doorgaans onrechtmatigheid, toerekening, relativiteit, schade en causaal verband tussen de gedraging (inclusief een nalaten) en de schade vereist. Met name bij de beoordeling van de onrechtmatigheid, relativiteit en causaliteit kunnen beleidsargumenten en politieke argumenten een rol spelen, soms expliciet, maar vaak impliciet.¹ In de Nederlandse literatuur en beleidsstukken wordt in dit verband met enige regelmaat gewezen op de minder fraaie kanten van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. Zo wordt gesproken over ‘Amerikaanse toestanden’ en wordt ook het *floodgate*-argument genoemd.² In de kern

* Met dank aan Rob van Gestel, Eric Tjong Tjin Tai en Jan Vranken voor hun opmerkingen, en Lianne Wijntjens voor haar betrokkenheid bij de voorbereiding van deze bijdrage. Deze bijdrage is deels gebaseerd op een working paper, dat als (voorlopige) titel draagt: G. van Dijk, ‘Assessing the Defensive Practices Concern in Case Law. Bridging the Gap between Empirical Analysis and Doctrinal Reasoning’ (in bewerking).

1 In Engeland worden beleidsargumenten in rechterlijke beslissingen veel opener besproken, zie bijvoorbeeld *Brooks v Commissioner of Police of the Metropolis* [2005] UKHL 24; [2005] 1 W.L.R. 1495 (HL), *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 A.C. 633, at 751, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] A.C. 53 (HL) en *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office* [1970] AC 1004.

2 Rapport claimcultuur, Kamerstukken II 1998/99, 26 630, nr. 1; Hartlief 2005, p. 830-831; Giesen 2005, p. 145; Verheij 2005, p. 194-196.

gaat het dan om de vrees voor een claimcultuur waarin veelvuldig en voor hoge bedragen vergoeding van geleden schade wordt gevorderd. Deze 'claimcultuur' zou, behalve tot hoge kosten, kunnen leiden tot ongewenste effecten, zoals een defensieve houding waarbij personen zich in hun gedrag en besluitvorming laten leiden door aansprakelijkheidsoverwegingen, wat zich kan uiten in een onwenselijke hoge mate van voorzichtigheid.³ Deze aanname kan voor de wetgever en/of de rechter reden zijn om de gevallen waarin aansprakelijkheid wordt aangenomen, te beperken. Dit is bijvoorbeeld het geval in het in 2012 ingevoerde artikel 1:25d van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), waarin De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) kort gezegd alleen nog maar aansprakelijk kunnen worden gehouden in het geval van opzet of grove schuld aan de zijde van DNB of AFM.⁴

Voorop het gebied van medische aansprakelijkheid bestaan er de nodige empirische studies naar de invloed van aansprakelijkheid op gedrag, in dit geval van artsen.⁵ Deze studies trachten te beschrijven of civielrechtelijke aansprakelijkheid het gedrag van artsen beïnvloedt. Vooral in de Verenigde Staten is vrij veel empirisch onderzoek gedaan. In een poging om empirische studies over *medical malpractice* in kaart te brengen, stuitte ik op meer dan 175 voorbeelden, waarvan het overgrote merendeel in de VS is verricht. Een belangrijke verklaring hiervoor is de beschikbaarheid van data, waaronder databases als de *National Practitioner Data Bank* (NPDB), die een overzicht geeft van, kort gezegd, alle schadevergoedingen die zijn uitgekeerd in verband met medische aansprakelijkheid.⁶ Een deel van de empirische studies richt zich op de relatie tussen 'aansprakelijkheid' en 'defensief gedrag'. Deze studies zijn echter nog niet in verband gebracht met het gebruik van het 'defensief gedrag'-argument in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en zijn dan ook niet of nauwelijks terug te vinden in rechtspraak of beleid.

Het verbaast niet dat rechters, beleidsmakers en advocaten zich baseren op veronderstellingen en assumpties ten aanzien van de invloed van aansprakelijkheid op het gedrag. Zonder sociaalwetenschappelijke kennis is het moeilijk om te beoordelen welk empirisch onderzoek bruikbaar is. Daarbij komt dat de resultaten van empirische studies ambigu zijn: de ene keer wijzen zij in de richting van (negatieve) gevolgen van aansprakelijkheid, de andere keer juist niet.⁷ Voorts is er geen overeenstemming over een overkoepelende theorie die laat zien onder welke omstandigheden invloed van aansprakelijkheid (*if any*) te verwachten is. Daarnaast kan van de rechtspraktijk redelijkerwijs niet worden verwacht dat zij zelf empirisch onderzoek verricht om bepaalde assumpties over de gevolgen van

3 Zie over defensief toezicht Giesen 2005, p. 156-157 en over 'defensive medicine' Visscher 2005, p. 292 e.v.

4 Zie uitgebreider par. 2.

5 Voor overzichten van empirische studies, zie Eisenberg (te verschijnen), Mello 2006, Visscher 2002.

6 Zie www.ama-assn.org/ama/pub/physician-resources/legal-topics/business-management-topics/national-practitioner-data-bank.page, laatst geraadpleegd 15 november 2012.

7 Zie recentelijk Eisenberg (te verschijnen).

het aansprakelijkheidsrecht te toetsen. Empirisch onderzoek is niet alleen kostbaar, maar neemt ook veel tijd in beslag. Het doen van een empirische studie zou leiden tot vertragingen van de procedure. Verder zijn empirische studies over defensief gedrag moeilijk te waarderen. Het is veelal niet na te gaan of defensief gedrag positieve of negatieve gevolgen heeft. Of vaker uitrukken (brandweer), meer operaties (artsen) of meer zichtbaarheid bij ordeverstoringen (politie) beter is, hangt af van het niveau van zorg, oplettendheid, enzovoort: is dat hoog, dan heeft defensief gedrag negatieve gevolgen, maar is het laag, dan is defensief gedrag positief. Een dergelijk referentiepunt ontbreekt in de regel in empirische studies.

Vanwege het ontbreken van eenduidig empirisch bewijs, is het belangrijk de invloed van aansprakelijkheid op defensief gedrag goed te doordenken, zeker als aannames hierover van (doorslaggevende) betekenis zijn voor beslissingen of conclusies. Heel algemene, weinigzeggende aannames maken uitspraken van rechters, beleidsmakers en onderzoekers moeilijk controleerbaar en leiden mogelijk tot verkeerde beslissingen of conclusies.

Deze bijdrage maakt een vergelijking tussen hoe de begrippen ‘aansprakelijkheid’ en ‘defensief gedrag’ worden gedefinieerd in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en in empirische ‘medical malpractice’-studies. Naar aanleiding hiervan wordt de vraag gesteld of (en waarom) de relatie tussen ‘aansprakelijkheid’ en ‘defensief gedrag’ genuanceerder moet worden bekeken dan thans het geval is in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Deze bijdrage draagt daarmee bij aan een beter begrip van de invloed van aansprakelijkheid op gedrag. De inzichten zijn relevant voor beleidsmakers die zich afvragen of beperking van aansprakelijkheid maatschappelijk wenselijk is alsook voor onderzoekers die ‘defensief gedrag’ onderzoeken of het als argument (willen) gebruiken.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Eerst wordt bekeken hoe het argument van ‘defensief gedrag’ wordt gebruikt in beleidsstukken, literatuur en jurisprudentie over het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (par. 2). Bij de bespreking hiervan maak ik gebruik van (nogal wat) citaten, omdat die, in vergelijking met parafraseren, duidelijk maken wat precies onder ‘defensief gedrag’ wordt verstaan.⁸ Vervolgens wordt een vergelijking gemaakt met empirische studies die de gevolgen van aansprakelijkheid op het handelen van artsen hebben onderzocht (zogenoemde *defensive medicine*-studies) (par. 3). Deze studies analyseren of aansprakelijkheid van invloed is op gedrag van artsen, bijvoorbeeld het aantal en type ingrepen dat zij uitvoeren. De reden dat is gekozen voor studies op het gebied van *defensive medicine* is dat er relatief veel empirische studies zijn, wat het identificeren van verschillen tussen deze studies mogelijk maakt. De bijdrage vervolgt met de vraag of het ‘defensief gedrag’-argument niet genuanceerder moet worden bekeken dan thans gebeurt (par. 4).

8 Uiteraard is steeds de context bekeken en gezien of de term ‘defensief gedrag’ elders in de publicatie is omschreven.

In deze bijdrage wordt de term ‘defensief gedrag’ op twee manieren gebruikt. Het ‘defensief gedrag’-argument (zie met name par. 2) heeft betrekking op het fenomeen dat aansprakelijkheid van (mede)bepalende invloed is op bepaald gedrag of handelen. Waar wordt gesproken over het *concept* of het *begrip* ‘defensief gedrag’ (zie met name par. 3), gaat defensief gedrag over het verschijnsel dat personen zich in hun gedrag of handelen laten leiden door overwegingen die verband houden met aansprakelijkheid in maatschappelijke zin (niet noodzakelijk met civielrechtelijke of juridische aansprakelijkheid). Het verschil tussen de twee beschrijvingen is dat defensief gedrag onder de eerste omschrijving (defensief gedrag als *argument*) het gevolg is van civielrechtelijke aansprakelijkheid en defensief gedrag in de tweede omschrijving (defensief gedrag als *concept* of *begrip*) ook het resultaat kan zijn van andere omstandigheden of gebeurtenissen (bijvoorbeeld sociale druk, negatieve publiciteit of angst voor reputatieschade).

2 HET GEBRUIK VAN ‘DEFENSIEF GEDRAG’-ARGUMENT IN BELEID, RECHTSPRAAK EN LITERATUUR

2.1 In beleid

Soms speelt het argument van defensief gedrag een rol in beleid. Dit was bijvoorbeeld het geval in het recent aangenomen wetsvoorstel waarin immuniteit voor civielrechtelijke aansprakelijkheid is toegekend aan toezichthouders. Zo stelt het nieuw ingevoerde artikel 1:25d van de Wet op het financieel toezicht:

‘De [Nederlandsche Bank/Autoriteit Financiële Markten] [...] zijn niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij deze schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld.’

Aan deze wetsbepaling lagen verschillende redenen ten grondslag, waaronder het in lijn brengen van het aansprakelijkheidsrecht op het punt van financiële toezichthouders met de regels in andere landen. Daarnaast wordt gerefereerd aan het risico van defensief gedrag:

‘DNB en de AFM moeten daarnaast snel en doortastend kunnen reageren op (crisis)situaties op de financiële markten zonder dat daaraan afbreuk wordt gedaan door mogelijke risico’s voor aansprakelijkstelling.’⁹

Deze overweging is ook te vinden in het rapport ‘Verloren Krediet’ van de Commissie De Wit, die was ingesteld om inzicht te geven in de rol die de belangrijkste verantwoordelijken hebben gespeeld in de financiële crisis, in de oorzaken van de crisis en in hoe een dergelijke crisis in de toekomst kan worden voorkomen:

‘Angst voor verkeerde juridische interpretatie of schadeclaims mag een beleidsmatige keuze van de Nederlandse financiële toezichthouders niet op verkeerde wijze beïnvloeden.’¹⁰

2.2 In rechtspraak

In de Nederlandse rechtspraak wordt zelden expliciet verwezen naar ‘defensief gedrag’. Een spaarzaam voorbeeld is een uitspraak over bestuurdersaansprakelijkheid. Hierin neemt de Hoge Raad aan dat een ruime aansprakelijkheid leidt tot defensief besturen:

‘Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.’ (r.o. 5.3)¹¹

Het argument is daarna ook gebruikt in lagere rechtspraak.¹² Soms wordt het meer impliciet gebruikt, bijvoorbeeld in een geval waarin schadevergoeding werd gevorderd van arbiters:

‘Ook de omstandigheid dat de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het hem voorgelegde geschil moet kunnen oordelen, waarbij over de beslissing van de zaak dikwijls in redelijkheid verschillend kan worden gedacht, noopt ertoe om een uitspraak die na aanwending van een rechtsmiddel wordt vernietigd slechts in uitzonderlijke gevallen onrechtmatig te achten.’ (r.o. 3.5)¹³

⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 3-4, p. 24.

¹¹ HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21.

¹² Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 3 augustus 2010, LJN: BN2957.

¹³ HR 4 december 2009, NJ 2011, 131.

Voorts is in het Taxibus-arrest¹⁴ gewezen op de onaanvaardbare maatschappelijke gevolgen van een te ruime aansprakelijkheid, maar hierbij is het niet duidelijk op welke gevolgen de Hoge Raad doelt. Andere uitspraken op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht waarin is gerefereerd aan het ‘defensief gedrag’-argument heb ik niet kunnen achterhalen.¹⁵

2.3 *In literatuur*

In de literatuur wordt betoogd dat het argument vaker, zij het impliciet, een rol speelt in de oordeelsvorming van de rechter. Zo zou het relativiteitsvereiste in de rechtspraak van de Hoge Raad¹⁶ worden gebruikt als een argument om de grenzen van de aansprakelijkheid te bepalen.¹⁷ In verschillende publicaties wordt ook concreet verwezen naar de mogelijkheid van defensief gedrag als gevolg van aansprakelijkheid. Zo stelt Hartlief dat tot een van de uitwassen in het aansprakelijkheidsrecht wordt gerekend:

*‘(...) de neiging onnodige investeringen te plegen uit angst voor claims, een eventuele rem op innovatie, maar ook defensive medicine en ambulance chasing door advocaten en andere rechtshulpverleners’.*¹⁸

Van Twist constateert hierbij een trend:

‘Bestuurders en ambtenaren lijken tijdens rampen en crises in toenemende mate energie te besteden aan het op voorhand doordenken van latere vragen van verantwoording. Ze anticiperen op aansprakelijkheid.’

En

‘Aansprakelijkheid kan dus leiden tot meer veiligheid en tot een hoger risico- en kostenbewustzijn. Maar het besef aansprakelijk te kunnen worden gesteld heeft ook een keerzijde. Aansprakelijkheid kan leiden tot angstig, al te voorzichtig en weinig doortastend gedrag. Dat kan zover gaan dat men zich zozeer laat leiden

14 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Taxibus*), waarover kritisch Vranken 2005, nr. 45.

15 Keywords die zijn gebruikt: ‘defensieve overwegingen’, ‘defensief gedrag’. Gezocht met Kluwer Navigator.

16 Zie de reeks arresten waarin het relativiteitsvereiste een hoofdrol vervulde: HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 (*Duwbak Linda*), HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529 (*DNB/Stichting Vie d’Or*), HR 10 november 2006, NJ 2008, 491 (*Astrazeneca/Menzis*), HR 23 februari 2007, NJ 2008, 492 (*De Groot/Io Vivat*), HR 13 april 2007, NJ 2008, 576 (*Staat/Iranese vluchtelingen*).

17 Verschillende auteurs concluderen dat in de hiervoor genoemde arresten het relativiteitsvereiste wordt gebruikt om de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht te bepalen, zie onder andere te Ronde 2007, Lindenberg 2007 en Vranken in zijn annotatie bij HR 13 april 2007, NJ 2008, 576 (*Staat/Iranese vluchtelingen*).

18 Hartlief 2005, p. 831.

*door de vrees voor aansprakelijkheid, dat het handelen of nalaten vooral gericht is op het voorkomen van schadeclaims, voorbijgaand aan andere maatschappelijke belangen of behoeften. Aansprakelijkheid kan in die zin bureaucratisering bevorderen: het eindeloos versturen van memo's naar leidinggevend, met als enig doel zich juridisch in te dekken. Hun handelen wordt gedomineerd door politiek-strategische overwegingen, zoals: als het formeel maar in orde is; als ik zelf maar gedekt ben; als er maar anderen zijn die de schuld zullen krijgen; als maar de indruk ontstaat dat het niet aan mij gelegen heeft; etc.'*¹⁹

Zo ook Stolker c.s., die stellen dat:

'Soepelheid (...) kan, uit vrees voor aansprakelijkheid, omslaan in een ongewenste bureaucratisering van het ambtelijke functioneren. (...) defensive bureaucracy.'

²⁰

Ook Van Dam refereert, in het kader van aansprakelijkheid van toezichthouders, aan het argument dat aansprakelijkheid ongewenste gevolgen kan hebben:

'(...) is het argument dat het risico van aansprakelijkheid de toezichthouder belemmert bij een goede uitvoering van zijn taken. Hij zou zich meer gaan richten op het voorkomen van aansprakelijkheid en dus tot defensief gedrag. (...) Het is inderdaad denkbaar dat het gewicht van de dreiging van een aansprakelijkheidsclaim voor de potentieel aansprakelijke persoon zodanig wordt, dat hij niet meer geprikkeld wordt tot het juiste zorgvuldige gedrag maar dat hij zijn inspanningen geheel of gedeeltelijk gaat richten op het voorkomen van een claim',

maar concludeert dat de door hem uitgevoerde studie geen empirische onderbouwing geeft voor de gestelde invloed.²¹ Eerder al drukte hij zich in vergelijkbare bewoordingen uit:

'Een argument dat regelmatig naar voren wordt gebracht is dat het risico van aansprakelijkheid overheden belemmert bij een goede uitvoering van hun taken. Zij zouden hun aandacht meer gaan richten op het voorkomen van aansprakelijkheid: dit zou leiden tot vormen van zogenaamd defensief toezicht. (...) Ervan

¹⁹ Van Twist & Ten Heuvelhof 2001, p. 1667. Voorts Stolker & Levine & De Bel 2001, p. 108-109. Zie echter Van Tilburg 2012, die dit ontkracht, in ieder geval ten aanzien van aansprakelijkheid in het kader van handhaving van de openbare orde.

²⁰ Stolker, Levine & De Bel 2001, p. 108-109.

²¹ Van Dam 2010, p. 232, 244.

uitgaande dat het aansprakelijkheidsrecht op bepaalde gebieden preventieve werking toekomt, is het inderdaad denkbaar dat het gewicht van de dreiging met een aansprakelijkheidsclaim voor potentieel aansprakelijke personen zodanig wordt, dat zij niet meer geprikkeld worden tot het juiste zorgvuldige gedrag maar dat zij hun inspanningen geheel of gedeeltelijk gaan richten op het voorkomen van een aansprakelijkheidsclaim en niet meer op hun gewone werk of zelfs dat zij hun activiteiten staken. (...) Een en ander wordt bevestigd door de uitkomsten van het praktijkonderzoek (Hoofdstuk 4). Hieruit komt naar voren dat de toezichthouders zeggen dat zij zich in hun toezicht niet laten beïnvloeden door de angst voor mogelijke aansprakelijkheidsclaims maar wel dat zij zich in hun kwaliteitsbeleid mede laten leiden door de uitkomsten van gerechtelijke procedures.’²²

Ook Giesen is er kritisch over of aansprakelijkheid leidt tot defensief gedrag:

‘Wij weten niet of aansprakelijkheid zo werkt dat mensen bepaalde taken niet meer of slechts zeer voorzichtig zullen uitvoeren. (...) Buiten de advocatuur is er naar mijn weten echter geen overtuigend bewijs voorhanden dat er zoiets bestaat als defensief gedrag naar aanleiding van aansprakelijkheid.’²³

Voorts stelt De Mot vanuit rechtseconomisch perspectief dat defensief gedrag te verwachten is:

‘Het aansprakelijk stellen van de overheid kan echter als gevolg hebben dat zij teveel zorg zal nemen, bijvoorbeeld door aan bepaalde taken teveel tijd te besteden. Vaak beschikken ambtenaren over betere informatie dan rechters betreffende de optimale hoeveelheid zorg die aan een bepaalde taak moet besteed worden. Wanneer de overheid daden stelt waarvan ze weet dat een rechtbank ze achteraf misschien als foutief zal aanzien, terwijl de onrechtmatigheid op het moment dat men ze stelt allesbehalve duidelijk is, zal zij hierop anticiperen en haar verwachte aansprakelijkheid reduceren door teveel zorg te nemen.’²⁴

²² Van Dam 2006, p. 150-152.

²³ Giesen 2005, p. 156.

²⁴ De Mot 2001, p. 1672.

Na het bespreken van een aantal empirische studies stelt ook Visscher:

*‘Het probleem van defensive medicine is een duidelijk voorbeeld van het gegeven dat een te grote aansprakelijkheidsdreiging tot een te hoog zorgniveau en/of een te laag activiteitsniveau kan leiden.’*²⁵

In het kader van bestuurdersaansprakelijkheid omschrijft Kroeze indekgedrag. Interessant is dat hij, in tegenstelling tot veel andere auteurs, wel onderscheid maakt tussen verschillende vormen van defensief gedrag:

*‘[Indekgedrag, GD] kan variëren van het vragen van adviezen van externe adviseurs louter ter onderbouwing van het reeds ingenomen standpunt, tot het strategisch plaatsen en laten vastleggen van waarschuwende opmerkingen bij belangrijke beslissingen of zelfs het wegblijven bij een vergadering waar een belangrijke beslissing op de agenda staat. Ook kan het ertoe leiden dat voorgenomen besluiten over onderwerpen waaraan een hoog aansprakelijkheidsrisico kleeft, zo langdurig en gedetailleerd worden besproken dat andere belangrijke besluiten niet de aandacht krijgen die zij verdienen. Een ander gevolg is dat commissarissen in verband met hun eigen aansprakelijkheidspositie eerder het vertrouwen in een bestuurder opzeggen dan wenselijk is. Daarnaast speelt dat de beste kandidaten minder snel een positie als bestuurder willen bekleden. Rijke kandidaten hebben extra reden om te weigeren. Zij hebben immers veel te verliezen bij persoonlijke aansprakelijkstelling. Het risico van aansprakelijkheid en reputatieverlies zal bovendien leiden tot hogere beloningen omdat bestuurders dit risico verdisconteerd willen zien in hun beloning. Elk risico heeft immers zijn prijs.’*²⁶

Uit deze bloemlezing²⁷ blijkt dat het gebruik van het argument van *defensive medicine* door de bank genomen in vrij algemene zin wordt gebruikt. Soms wordt volstaan met de enkele aanduiding van het begrip (*defensive medicine*, *defensive bureaucracy*, defensief gedrag, anticiperen op aansprakelijkheid, voorkomen van schadeclaims/aansprakelijkheid). In andere gevallen volgt een vage omschrijving van wat defensief gedrag zou kunnen zijn (het bevorderen van bureaucratisering, het besteden van energie/tijd aan ..., angstig, het zich formeel indekken, een te hoog of een te laag zorgniveau of activiteitsniveau, al te

²⁵ Visscher 2005, p. 292.

²⁶ Kroeze 2006, p. 6, verwijzend naar andere auteurs. Zie tevens Kroeze 2005.

²⁷ Er zijn meer publicaties waarin het argument wordt gebruikt. Deze publicaties stonden helaas niet tot mijn beschikking. Het gaat onder meer om Muller, Polak & Stolker 2006 en Hartlief 2010.

voorzichtig of niet-rationeel en weinig doortastend gedrag). Een enkele keer is men concreter (het eindeloos versturen van memo's).

3 DE CONCEPTEN 'DEFENSIEF GEDRAG' EN 'AANSPRAKELIJKHEID' IN EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR DEFENSIVE MEDICINE

Empirisch onderzoek naar *defensive medicine* is veel specifiekter ten aanzien van de begrippen 'aansprakelijkheid' en 'defensief gedrag'. Deze studies, die de relatie tussen aansprakelijkheid en defensief gedrag onderzoeken, baseren zich in essentie op een causaal model waarbij aansprakelijkheid (de onafhankelijke variabele) van invloed is op wat artsen doen (de afhankelijke variabele). Dit model lijkt eenvoudig, maar blijkt bij nadere bestudering veel complexer. Eerder in deze bijdrage werd al gewezen op de omstandigheid dat het moeilijk te beoordelen is of rekening houden met aansprakelijkheid positieve of negatieve gevolgen heeft. Een andere moeilijkheid is het specificeren van wat precies wordt gemeten. Met andere woorden, wat wordt verstaan onder 'aansprakelijkheid' en 'defensief gedrag'? Hierna volgt een bespreking van *defensive medicine* studies, waarbij specifiek wordt ingegaan op hoe 'aansprakelijkheid' en 'defensief gedrag' worden gedefinieerd.

3.1 'Defensief gedrag' in 'defensive medicine'-studies

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen *negative defensive medicine* en *positive defensive medicine*. De negatieve variant verwijst naar situaties waarin artsen zogenoemde 'risicopatiënten' of risicovolle operaties vermijden om aansprakelijkheid te ontlopen dan wel de kans op een claim te verkleinen, en naar situaties waarin artsen (gaan) werken in geografische gebieden waarin de kans op aansprakelijkstelling relatief klein is.²⁸ De positieve variant ziet op gevallen waarin artsen extra testen of procedures uitvoeren met als primaire overweging het voorkomen van aansprakelijkheid.²⁹

Het door artsen uitoefenen van *defensive medicine* kan om verschillende redenen als ongewenst worden gekwalificeerd. Het ligt voor de hand dat *negative defensive medicine* de kwaliteit van de zorg aan kan tasten en leidt tot een verhoogd risico voor de patiënt. Patiënten zullen immers, als gevolg van een defensief handelend arts, niet de zorg krijgen die zij nodig hebben. De positieve vorm van *defensive medicine* lijkt daarentegen op het eerste gezicht een onschuldig verschijnsel: baat het niet, dan schaadt het niet. Niet-noodzakelijke ingrepen kunnen echter om verschillende redenen onwenselijk zijn.³⁰ Te denken

28 Office of Technology Assessment 1994, Thomas, Ziller & Thayer 2010, p. 1578; Ball 1971, p. 942; Bernzweig 1973, Appendix, p. 38-40.

29 Zie de vorige noot.

30 Van Weel 1998, p. 1854-1855; Roscam Abbing 1995, p. 73.

valt aan onnodige inzet van personeel, aan meer materiële en financiële middelen, met hogere kosten in de gezondheidszorg als gevolg. Daarnaast kunnen niet-noodzakelijke ingrepen worden gezien als een inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt en zullen zij altijd in min of meerdere mate gepaard gaan met een belasting voor de patiënt. Ten slotte kunnen ook niet-noodzakelijke ingrepen leiden tot complicaties en bijwerkingen. Het is daarom de vraag of *positive defensive medicine* uiteindelijk niet ook als negatieve variant van *defensive medicine* moet worden beschouwd.

Het onderscheid tussen de positieve en negatieve variant van *defensive medicine* is nog altijd weinig specifiek. Ze laten ruimte voor vele mogelijke, zoals dat in empirisch onderzoek wordt genoemd, operationalisering. Dit wordt duidelijk wanneer bestaand empirisch onderzoek op het gebied van medische aansprakelijkheid (*medical malpractice*, of simpelweg: *medmal*) wordt gezien. Daar is en wordt een waaier aan manieren gebruikt om het concept defensief gedrag te meten, waaronder de kosten van de zorg, het aanbod van het aantal artsen, de ingrepen die zij uitvoeren of de testen die zij aanvragen, professionele reacties of opvattingen, veranderingen in begeleiding/opleiding en veranderingen in premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen. Ik bespreek deze uitkomstmaten kort.

Zorgkosten

De beroemde studie van Kessler en McLellan, de eerste grote studie naar de gevolgen van hervormingen in het aansprakelijkheidsrecht (*tort reforms*) waarbij gebruik is gemaakt van geavanceerde statistische analysetechnieken, onderzocht de relatie tussen *defensive medicine*, zorgkosten en gezondheidsresultaten in de Verenigde Staten.³¹ Hun studie laat zien dat hervormingen leidden tot een reductie van de zorguitgaven van 5% tot 9%, met geen wezenlijk verschil tussen staten met en staten zonder hervormingen ten aanzien van sterftecijfers en het aantal medische complicaties. Op basis van de resultaten suggereert de studie dat er bewijs is voor het bestaan van *defensive medicine*, aangenomen dat er een relatie bestaat tussen de uitgaven in de zorg en de wijze waarop artsen hun vak uitoefenen.³²

Aanbod van het aantal artsen

Het aantal artsen dat van locatie verandert, is een uitkomstmaat die wordt gebruikt om te bepalen of sprake is van *defensive medicine*. Door het aantal artsen per regio te koppelen aan confrontatie met aansprakelijkheid of de kans daarop, zo is de gedachte, kan worden gemeten of artsen van locatie veranderen als gevolg van aansprakelijkheid. Verschillende, vooral Amerikaanse studies hebben het aantal artsen per regio (staat) gebruikt om de invloed van aansprakelijkheid op defensief gedrag te analyseren. Omdat het medische veld, met zijn vele specialismen, nogal breed is, en informatie niet overal even eenvoudig is te

³¹ Kessler & McClellan 1996.

³² Of deze relatie bestaat, is maar de vraag. Zie ook hierna bij het kopje 'verzekeringspremies'.

achterhalen, richten sommige studies zich op specifieke gebieden, zoals gynaecologie³³ en urologie.³⁴ Andere studies omvatten meerdere specialismen en onderzoeken of meer artsen.³⁵ De datasets die voor dit type onderzoek worden gebruikt, zijn over het algemeen nogal groot. Bestanden met rond de 10.000 observaties (bijv. het aantal artsen) zijn vrij gebruikelijk.³⁶ Soms gaat het aantal observaties zelfs over de 80.000.³⁷ De data bevatten echter niet altijd ondersteunend personeel en artsen in opleiding, zoals arts-assistenten en co-assistenten, terwijl deze groep een groot deel van het medische werk doet en bovendien vermoedelijk weinig mobiel is tijdens de opleiding, maar veel mobieler is na afronding van de opleiding, althans in vergelijking met artsen met gevestigde of vaste posities.³⁸ De uitkomsten zijn wisselend: sommige studies laten wel een gevolg zien van aansprakelijkheid op het aantal artsen, andere studies niet.³⁹

Het aantal en typen onderzoeken dat artsen uitvoeren

Ook het aantal en type onderzoeken wordt relatief vaak gebruikt om defensief gedrag bij artsen te meten. Het idee is te vergelijken of artsen die aansprakelijk zijn gesteld (of die, al dan niet geografisch, een groter risico lopen om aansprakelijk te worden gesteld) andere onderzoeken of ingrepen bevelen of uitvoeren in vergelijking met artsen die geen of minder risico lopen om aansprakelijk te worden gesteld. Studies die een dergelijke uitkomstmaat gebruiken, richten zich op het aantal en type behandelingen (bijvoorbeeld het aantal keizersneden),⁴⁰ het moment waarop prenatale zorg aanvangt,⁴¹ het aantal bezoeken in verband met prenatale zorg⁴² en het gebruik van faciliteiten voor prenatale zorg.⁴³ Deze uitkomstmaten zijn verdere concretisering (of: operationalisering) van het aantal en typen onderzoeken dat artsen bevelen en uitvoeren. De uitkomsten van het onderzoek zijn ook hier ambigu: in sommige studies is een verband gevonden tussen aansprakelijkheid en het aantal of typen ingrepen dat artsen uitvoeren of bevelen, in andere studies niet.

Professionele reacties, opvattingen en percepties

Andere studies hebben zich gericht op hoe artsen in de uitoefening van hun beroep reageren op aansprakelijkheid (anders dan het aantal en type behandelingen en onderzoeken dat zij bevelen en uitvoeren). Wat deze studies in feite onderzoeken, is of artsen die aanspra-

33 Baicker & Chandra 2006, Yang e.a. 2008.

34 Sobel, Loughlin & Coogan 2006.

35 Bijvoorbeeld Kessler, Sage & Becker 2005, Klick & Stratmann 2007, Matsa 2007.

36 Bijvoorbeeld Klick & Stratmann 2007.

37 Bijvoorbeeld Matsa 2007.

38 Yang e.a. 2008.

39 Voor een overzicht, zie Eisenberg (te verschijnen).

40 Baldwin e.a. 1995, Sloan e.a. 1997.

41 Dubay, Kaestner & Waidmann 2001.

42 Dubay, Kaestner & Waidmann 2001.

43 Baldwin e.a. 1995.

kelijk zijn gesteld dan wel een grotere kans daarop hebben, hun beroep anders beschouwen of uitvoeren dan artsen die niet aansprakelijk zijn gesteld dan wel een kleinere kans daarop hebben. De professionele reacties lopen uiteen van het niet-behandelen van bepaalde, meestal risicovolle patiënten (of het doorverwijzen ervan), het overwegen om vroegtijdig te stoppen met de uitoefening van het vak, het beperken van de eigen praktijk (alleen nog bepaalde problemen behandelen) en het ontraden van eigen kinderen om geneeskunde te gaan studeren.⁴⁴

Veranderingen in begeleiding en opleiding

Een klein aantal studies heeft getracht defensief gedrag te meten door zich te richten op veranderingen in het medisch onderwijs. Een van deze studies laat zien dat confrontatie met aansprakelijkheid geassocieerd is met het maken van medische aantekeningen en notities voor de patiënten van medisch personeel in opleiding (artsen die artsen in opleiding meer tijd laten besteden aan het maken van aantekeningen), minder zelfstandigheid voor medisch personeel in opleiding en met het opleggen van beperkingen aan artsen in opleiding ten aanzien van het uitvoeren van klinische ingrepen en het overbrengen van slecht nieuws aan de patiënt.⁴⁵ Daarnaast laat onderzoek met een dergelijke uitkomstmaat zien dat artsen die hoger scoren op de zogenoemde *Malpractice Fear Scale*, een grotere kans hebben om hun begeleidingsstijl aan te passen in vergelijking met artsen die lager scoren op deze schaal.⁴⁶ Een andere studie laat zien hoe de vrees voor aansprakelijkheid doorwerkt in het onderwijs, dat wil zeggen in hoeverre het onderdeel uitmaakt van het opleidingscurriculum, en of deze informatie van invloed is op artsen in opleiding.⁴⁷ Daarbij is een vergelijking gemaakt tussen Amerikaanse en Duitse artsen, welke vergelijking liet zien dat Duitse artsen zich minder zorgen maakten over aansprakelijkheid dan hun collega's in de VS.

Verzekeringspremies

Een andere stroom aan studies gebruikt premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen van artsen als manier om de associatie tussen aansprakelijkheid en defensief gedrag te meten. Een deel van deze studies (niet alle) pretendeert dat de resultaten informatie opleveren voor deze associatie, in het bijzonder voor de relatie tussen aansprakelijkheid en *defensive medicine*. Deze studies veronderstellen dat, omdat ziekenhuizen en/of artsen de premies betalen, een stijging of daling van de premies van invloed zal zijn op wat artsen denken en doen.

44 Bijvoorbeeld Charles, Wilbert & Franke 1985, Charles, Wilbert & Franke 1985, Shapiro e.a. 1989, Sobel, Loughlin & Coogan 2006.

45 Reed e.a. 2008.

46 Reed e.a. 2008.

47 Brilla e.a. 2006.

In een in 2010 uitgevoerde studie is getracht informatie te achterhalen over welke verzekeringspolis is aangeschaft door een groot aantal werknemers en werkgevers. Het onderzoek, dat gegevens verzamelde over de periode tussen 1996 en 2006, analyseerde of *tort reforms* invloed hadden op de verzekeringspremies die werknemers en werkgevers moesten betalen. De resultaten laten zien dat van de vier hervormingen die zijn doorgevoerd, *damage caps* en *collateral source reforms*⁴⁸ de grootste invloed hadden op de verzekeringspremies.⁴⁹

Niet alle studies claimen echter een directe link tussen verzekeringspremies en defensief gedrag. Sommige stellen de vraag of verzekeringspremies werkelijk een defensief gedrag verklaren.⁵⁰ Anderen suggereren dat de relatie tussen verzekeringspremies en de kosten gerelateerd aan medische aansprakelijkheidsclaims zwak is.⁵¹ Een rapport over medische aansprakelijkheid stelde voorts vast dat de verzekeringspremies voor medische aansprakelijkheid op een zeker moment meer steeg dan de betalingen die verzekeringsmaatschappijen deden.⁵²

Er is meer bewijs voor de zwakke relatie (*if any*) tussen aansprakelijkheid en de hoogte van verzekeringspremies. Een studie die het aansprakelijkheidsrisico tussen 1992 en 1994 vergeleek met het risico in de periode tussen 1999 en 2002 vond geen relatie tussen het aantal keizersneden en het aantal claims.⁵³ De resultaten lieten verder zien dat een toename in het aantal uitbetaalde claims aan patiënten niet de drijvende kracht leek te zijn achter de premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen van Amerikaanse artsen.

Een studie onder tandartsen laat voorts zien welke factoren van invloed (kunnen) zijn op de hoogte van verzekeringspremies, waaronder het aantal eerdere klachten of claims, de vraag of de arts in kwestie aan het hoofd stond van de kliniek, het aantal advocaten in de regio/staat, regulering vanuit de staat ten aanzien van wanneer mensen naar een tandarts mogen gaan, het aantal tandartspraktijken en de mate waarin het water is geïoniseerd.⁵⁴ Het kan dus zijn dat hervormingen van het aansprakelijkheidsrecht van invloed zijn op de hoogte van de verzekeringspremies, maar het is onzeker dat defensief gedrag, *defensive medicine* in het bijzonder, een belangrijke schakel is in deze keten, als het al een schakel is.

48 *Collateral source* gaat over de vraag of het is toegestaan om bewijs in te brengen dat laat zien dat de benadeelde de schade van een andere persoon of uit een (ander) fonds vergoed krijgt of zal krijgen.

49 Avraham, Dafny & Schanzenbach 2012.

50 Kim 2007.

51 Black e.a. 2005.

52 Americans for Insurance Reform 2007.

53 Baicker & Chandra 2006.

54 Conrad e.a. 1995.

3.2 'Aansprakelijkheid' in 'defensive medicine'-studies

Er is in bestaande empirische studies niet alleen variatie bij het operationaliseren van het begrip 'defensief gedrag', ook 'aansprakelijkheid' wordt op uiteenlopende wijzen gemeten. Populaire maten zijn hervormingen van het aansprakelijkheidsrecht (*tort reforms*) en het risico op aansprakelijkheid.⁵⁵ Ik licht deze vormen hierna toe.

Hervormingen in het aansprakelijkheidsrecht

De meer recente studies gebruiken geregeld hervormingen in het aansprakelijkheidsrecht (*tort reforms*) als maat om aansprakelijkheid te meten en, daarmee, te meten of aansprakelijkheid defensief gedrag tot gevolg heeft. Sommige studies richten zich op een specifieke wijziging, zoals maximumbedragen (*damage caps*), en gaan na of de introductie ervan heeft geleid tot een toe- of afname van het aantal artsen in bepaalde geografische gebieden (meestal Amerikaanse staten).⁵⁶ Andere veelgebruikte *tort reforms* zijn de zogenoemde '*deep pockets rule*' (kort gezegd regels over hoofdelijkheid en proportionaliteit) en de bewijsrechtelijke regel die het partijen al dan niet toestaat om bewijs aan te dragen ten aanzien van het feit dat een deel van de schade al door andere partijen (bijvoorbeeld een zorgverzekeraar) is vergoed (*collateral source rule*).⁵⁷ Daarnaast zijn ook andere hervormingen gebruikt, waaronder regels over *split recovery* (regels waarbij de opbrengst deels terechtkomt bij een ander dan de eiser en die meestal toepassing vinden in situaties waarin *punitive damages* worden opgelegd).⁵⁸ Andere studies richten zich op bepaalde hervormingen, zoals maximumbedragen (en vergelijken de introductie van maximumbedragen met andere hervormingen)⁵⁹ of vergelijken directe en indirecte hervormingen.^{60,61}

Hervormingen in het aansprakelijkheidsrecht worden nogal eens geanalyseerd in combinatie met het aanbod van artsen⁶² en met het aantal en type behandelingen dat artsen uitvoeren.⁶³ De gedachte hierachter is dat wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht het mogelijk maken om veranderingen in de medische professie waar te nemen. Het maximeren van schadevergoeding kan bijvoorbeeld schikkingsonderhandelingen bevorderen, de zorgkosten of premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen verlagen, of andere gevolgen hebben. Door staten die een hervorming hebben doorgevoerd te vergelijken met staten

55 De uitkomsten leveren als gezegd een ambigu beeld op, zie bijvoorbeeld Eisenberg (te verschijnen).

56 Encinosa & Hellinger 2006.

57 Zie bijvoorbeeld Currie & MacLeod 2008, Carrier e.a. 2010.

58 Carrier e.a. 2010.

59 Matsa 2007.

60 Kessler & McClellan 1996.

61 Dergelijke categorisering staan overigens in de weg aan het analyseren van gevolgen van specifieke hervormingen, zie Yang e.a. 2008, p. 26.

62 Bijvoorbeeld Yang e.a. 2008, Klick & Stratmann 2007, Matsa 2007, Encinosa & Hellinger 2006, Kessler & Sage & Becker 2005.

63 Currie & MacLeod 2008.

zonder hervorming, is het mogelijk om te analyseren of verschillen in uitkomst (bijvoorbeeld het aantal artsen) toe te schrijven zijn aan de hervorming of dat er andere factoren zijn die van invloed zijn geweest (op bijvoorbeeld het aanbod van artsen). Als die andere factoren er zouden zijn, zouden vergelijkbare invloeden moeten worden gevonden in staten met en zonder hervorming.

Risico op aansprakelijkheid

Verscheidende studies meten ‘aansprakelijkheid’ aan de hand van het risico dat artsen lopen om aansprakelijk te worden gesteld. Het aantal claims of rechtszaken kan bijvoorbeeld een indicator zijn voor het risico om aansprakelijk te worden gesteld.⁶⁴ Maar er zijn talloze andere manieren om het risico om aansprakelijk te worden gesteld te meten, waaronder: het risico zoals gepercipieerd door artsen zelf,⁶⁵ blootstelling aan aansprakelijkheid, ofwel door eigen ervaring (bijvoorbeeld: een tegen de arts zelf ingestelde claim) ofwel in de omgeving (dat wil zeggen, artsen in de omgeving),⁶⁶ begrip van het concept van aansprakelijkheid (hoe meer begrip, des te meer ‘aansprakelijkheid’ en invloed ervan op gedrag),⁶⁷ de omvang van de schadevergoedingen die zijn uitbetaald⁶⁸ en de mate waarin patiënten of hun advocaten bereid zijn om claims in te stellen (*litigiousness*).⁶⁹ Sommige studies nemen de hoogte van de premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen als indicator voor ‘aansprakelijkheid’, daarbij aannemende dat verzekeringspremies een indicatie zijn voor aansprakelijkheidsdruk.⁷⁰

Het merendeel van deze studies, waaronder bijna alle studies waar in het vorenstaande naar is verwezen, analyseren of de (al dan niet gepercipieerde) kans op aansprakelijkheid geassocieerd is met de tests, behandelingen en/of operaties die artsen uitvoeren. Zij onderzoeken bijvoorbeeld of artsen vaker een bepaalde test bevelen of uitvoeren als zij zijn geconfronteerd met een claim of de kans op een confrontatie daarmee relatief groot is in vergelijking met de situatie waarin dit niet het geval is dan wel de kans op een claim klein is. Een studie onderzocht bijvoorbeeld de relatie tussen ‘aansprakelijkheidsdruk’ en begeleiding/opleiding, meer in het bijzonder de vraag of artsen die een hogere druk van aan-

64 Voor voorbeelden, zie Brown 2007, Grant & McInnes 2004, Kim 2007, Localio e.a. 1993, Sloan e.a. 1997, Studdert e.a. 2005.

65 Katz e.a. 2005, Localio e.a. 1993, Sloan e.a. 1997, Studdert e.a. 2005, Summerton 1995, Vimercati e.a. 2000, Lawthers e.a. 1992, Tussing & Wojtowycz 1992.

66 Baldwin e.a. 1995, Weisman e.a. 1989, Carpenter e.a. 1987, Entman e.a. 1994.

67 Localio e.a. 1993, Summerton 1995.

68 Kim 2007.

69 Ballard e.a. 2002.

70 Baicker, Fisher & Chandra 2007, Dubay, Kaestner & Waidmann 2001, Rock 1998, Yang e.a. 2008, Dubay, Kaestner & Waidmann 1999. Zie ook Thomas, Ziller & Thayer 2010, p. 1579. Interessant is dat verzekeringspremies soms als een indicatie voor defensief gedrag wordt gebruikt, en soms als een indicatie voor aansprakelijkheid(srisico).

sprakelijkheid ervaren meer tijd besteden aan het schrijven van notities en stagiaires of artsen in opleiding minder vrij laten.⁷¹

4 CONCLUSIE

Het ‘defensief gedrag’-argument wordt vooral in de literatuur veelvuldig genoemd of gebruikt ter verklaring van een uitspraak of ter onderbouwing van een standpunt. In Nederlandse rechtspraak is het minder vaak aan de orde. Dat is opmerkelijk, omdat het argument in sommige andere landen wel geregeld en expliciet wordt genoemd.⁷² De omstandigheid dat weinig naar het argument wordt verwezen in rechtspraak, roept bovendien de vraag op of de omstandigheid dat Nederlandse rechters het argument zo weinig noemen, ook betekent dat zij het niet betrekken in hun beslissingen.⁷³ Hoe dit ook zij, waar het argument wordt gebruikt, gebeurt dit doorgaans in heel algemene zin. Gesproken wordt over een onwenselijke mate van voorzichtigheid, onaanvaardbare maatschappelijke gevolgen van een te ruime aansprakelijkheid en over het in onwenselijke mate laten bepalen door defensieve overwegingen, het in vrijheid en onbevangenheid moeten kunnen oordelen, het voorkomen van claims of aansprakelijkheid, het bevorderen van bureaucratisering, enzovoort.

Onderzoek naar *defensive medicine* suggereert dat dergelijke uitspraken veel te algemeen zijn, zo algemeen dat ze bijna betekenisloos zijn. De concepten ‘aansprakelijkheid’ en ‘defensief gedrag’ kunnen op talloze manieren worden gedefinieerd of geconcretiseerd. Onder aansprakelijkheid kan worden verstaan: de directe confrontatie met aansprakelijkheid (er is een civielrechtelijke claim ingediend), de perceptie van aansprakelijkheid (hoe groot is volgens mij de kans dat ik aansprakelijk word gesteld?, is mijn omgeving aansprakelijk gesteld?), een wijziging in het aansprakelijkheidsrecht (meer/minder kans op een claim?, hogere/lagere schadevergoedingen?), de kans op een claim gegeven de locatie of andere kenmerken (bijv. is er een grote kans op schade? is het gebruikelijk om een claim in te stellen?), de kans op aansprakelijkheid gegeven het aantal claims dat normaliter tegen personen of instanties wordt ingesteld of de kans dat verzekeringspremies stijgen/dalen als gevolg van een toename/afname van het aantal claims of de hoogte ervan.

Ook het concept ‘defensief gedrag’ is niet eenduidig. Moet daaronder worden verstaan de werkzaamheden of taken die iemand uitvoert, het type taken of werkzaamheden, het aanbod (van bijvoorbeeld artsen, vrijwilligers, politie, enz.), de manier waarop studenten

71 Reed e.a. 2008.

72 Zie bijvoorbeeld Engeland, waar rechters veelvuldig, in ieder geval vaker dan in Nederland, openlijk het argument noemen. Zie mijn nog ongepubliceerde paper G. van Dijk, ‘Assessing the ‘Defensive Practices’ Hypothesis. Bridging the Gap between Empirical Debate and Normative Debate’ (in bewerking).

73 Mogelijk speelt het argument een rol, maar nemen rechters het niet op in hun beslissingen.

of stagiaires worden opgeleid of geïnstrueerd (bijv. meer/minder aandacht voor notities vanuit aansprakelijkheidsoogpunt) of de percepties ten aanzien van wat men doet (bijv. men voelt druk, maar werkt het ook door in het handelen)?

Niet alleen in empirische studies, maar ook in het juridische debat kan het uitmaken hoe de begrippen ‘aansprakelijkheid’ en ‘defensief gedrag’ worden gedefinieerd. Afhankelijk van de gekozen definities kan aansprakelijkheid in het ene geval wel geassocieerd zijn met defensief gedrag en in het andere geval niet. Ook zonder enig wiskundig inzicht wordt al snel duidelijk dat er talloze combinaties te maken zijn met de verschillende concretisering van ‘aansprakelijkheid’ en ‘defensief gedrag’. Iedere combinatie vertegenwoordigt een specifieke vorm van defensief gedrag.

Nog los van de vraag of en voor welke vormen van defensief gedrag er empirisch bewijs bestaat (en welke door empirisch onderzoek kunnen worden ontkracht), is het in het normatieve debat van belang te specificeren welke invloed of welk gevolg al dan niet wordt verwacht. Of het nu gaat om een beleidsdocument, een rechterlijke uitspraak of om een kritische evaluatie van beleidsdocumenten of om een debat in de literatuur, het gewicht dat aan het argument van defensief gedrag wordt toegekend, zal onder meer afhankelijk zijn van wat er precies onder wordt verstaan. Als het aansprakelijk stellen van de politie in het kader van openbare-ordehandhaving louter leidt tot meer verslaglegging bij de politie, zal het argument van defensief gedrag waarschijnlijk anders worden gewogen dan in het geval waarin diezelfde aansprakelijkheid resulteert in de onnodige inzet van politie (bijvoorbeeld het steeds vroegtijdig uitspreken van claims af te wenden, maar met mogelijke escalatie van het geweld of hogere kosten als gevolg⁷⁴).

Het spreekt voor zich dat defensief gedrag nooit het enige argument kan en zal zijn, maar naarmate de gevolgen als onwenselijker worden beschouwd (lees: het defensief gedrag ernstiger wordt) zal het argument een ander gewicht krijgen bij het nemen van een beslissing. In vergelijkbare zin zal het argument ook meer of minder gewicht krijgen in beleidsstukken of discussies in de literatuur over bijvoorbeeld immuniteit voor aansprakelijkheid, het beperken van aansprakelijkheid of het introduceren van andere wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht om de negatieve gevolgen van aansprakelijkheid in te dammen.

Het specifieker omschrijven van wat precies onder ‘aansprakelijkheid’ en ‘defensief gedrag’ moet worden verstaan is voorts om een andere reden gewenst. Het bevordert het toetsen van gerechtelijke uitspraken en opvattingen in de literatuur of in beleidsstukken. Zoals de beschrijving van de verschillende empirische studies naar *defensive medicine* laat zien, is het onmogelijk om de relatie tussen breed geformuleerde begrippen als ‘aansprakelijkheid’ en ‘defensief gedrag’ op een eenduidige manier empirisch te toetsen. Als rechters,

74 Adang e.a. 2009, p. 77-78. Zie Van Tilburg 2012, die in haar empirisch-juridisch onderzoek geen aanwijzingen vindt dat deze gevolgen zich daadwerkelijk voordoen.

beleidsmakers en onderzoekers specifiek aangeven wat zij precies verstaan onder ‘aansprakelijkheid’ en ‘defensief gedrag’, geeft dit richting aan empirisch-juridisch onderzoekers. Zij kunnen, aan de hand van bestaand empirisch onderzoek of door het doen van empirisch-juridisch onderzoek, veel specifiek nagaan of de opvattingen en veronderstellingen in het juridische discours houdbaar zijn. Dit bevordert de discussie over aansprakelijkheidskwesties en geeft concrete input en feedback aan het proces van rechterlijke besluitvorming. Het op deze wijze integreren van empirisch en normatief onderzoek kan dienen als een voorbeeld van een vruchtbare samenwerking tussen de doctrinaire en empirisch-juridische bestudering van het privaatrecht.

LITERATUUR

Adang e.a. 2009

O.M.J. Adang e.a., *Boven de pet? Een onderzoek naar grootschalige ordehandhaving in Nederland*, Apeldoorn: Politieacademie 2009.

Americans for Insurance Reform 2007

Americans for Insurance Reform, ‘Medical Malpractice Insurance: Stable Losses/Unstable Rates’, www.insurance-reform.org/studies/StableLosses2007.pdf.

Avraham, Dafny & Schanzenbach 2012

R. Avraham, L.S. Dafny & M.M. Schanzenbach, ‘The Impact of Tort Reform on Employer-Sponsored Health Insurance Premiums’, *J Law Econ Organ* (2012) 28(4), p. 657-686

Baicker & Chandra 2006

K. Baicker & A. Chandra, ‘The Effect of Malpractice Liability on the Delivery of Health Care’, *Forum for Health Economics & Policy* 2006 96(8): 1375-1381

Baicker, Fisher & Chandra 2007

K. Baicker, E.S. Fisher & A. Chandra, ‘Malpractice Liability Costs And The Practice Of Medicine In The Medicare Program’, *Health Affairs* 2007, p. 841-852.

Baldwin e.a. 1995

L.-M. Baldwin e.a., ‘Defensive medicine and obstetrics’, *The Journal of the American Medical Association* 1995, p. 1606-1610.

Ball 1971

J.R. Ball, 'The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine', *Duke Law Journal* 1971, p. 939-993.

Ballard e.a. 2002

D.W. Ballard e.a., 'Fear of litigation may increase resuscitation of infants born near the limits of viability', *The Journal of Pediatrics* 2002, p. 713-718.

Bernzweig 1973

E.P. Bernzweig, 'Defensive Medicine, in: *Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice*, 1973.

Black e.a. 2005

B.S. Black e.a., 'Stability, Not Crisis: Medical Malpractice Claim Outcomes in Texas, 1988-2002', *Journal of Empirical Legal Studies* 2005, p. 207-259.

Brilla e.a. 2006

R. Brilla e.a., 'Are Neurology residents in the United States being taught defensive medicine?', *Clinical Neurology and Neurosurgery* 2006, p. 374-377.

Brown 2007

H.S. Brown, 'Lawsuit activity, defensive medicine, and small area variation: the case of cesarean sections revisited', *Health Economics, Policy and Law* 2007, p. 285-296.

Carpenter e.a. 1987

M.W. Carpenter e.a., 'Practice environment is associated with obstetric decision making regarding abnormal labor', *Obstet Gyneco.* 1987, p. 657-662.

Carrier e.a. 2010

E.R. Carrier e.a., 'Physicians' Fears Of Malpractice Lawsuits Are Not Assuaged By Tort Reforms', *Health Affairs* 2010, p. 1585-1592.

Charles, Wilbert & Franke 1985

S.C. Charles, J.R. Wilbert & K.J. Franke, 'Sued and Nonsued Physicians' Self-Reported Reactions to Malpractice Litigation', *Am J Psychiatry* 1985, p. 437-440.

Conrad e.a. 1995

D.A. Conrad e.a., 'Malpractice premiums in 1992: results of a national survey of dentists', *Journal of the American Dental Association* 1995, p. 1045-1056.

Currie & MacLeod 2008

J. Currie & W.B. MacLeod, 'First Do No Harm? Tort Reform and Birth Outcomes', *The Quarterly Journal of Economics* 2008, p. 795-830.

Van Dam 2006

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid', Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC 2006.

Van Dam 2010

C.C. Van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank', *NTBR* 2010, p. 224-246.

Dubay, Kaestner & Waidmann 1999

L. Dubay, R. Kaestner & T. Waidmann, 'The impact of malpractice fears on cesarean section rates', *Journal of Health Economics* 1999, p. 491-522.

Dubay, Kaestner & Waidmann 2001

L. Dubay, R. Kaestner & T. Waidmann, 'Medical malpractice liability and its effect on prenatal care utilization and infant health', *Journal of Health Economics* 2001, p. 591-611.

Eisenberg (te verschijnen)

Th. Eisenberg, 'The Empirical Effects of Tort Reform', in: J.H. Arlen, *Research Handbook on the Economics of Torts*, Edward Elgar Pub (te verschijnen).

Encinosa & Hellinger 2006

W.E. Encinosa & F.J. Hellinger, 'Have State Caps on Malpractice Awards Increased the Supply of Physicians?', *Health Affairs* 2006, p. 250-258.

Entman e.a. 1994

S.S. Entman e.a., 'The Relationship Between Malpractice Claims History and Subsequent Obstetric Care', *The Journal of the American Medical Association* 1994, p. 1588-1591.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005.

Grant & McInnes 2004

D. Grant & M.M. McInnes, 'Malpractice experience and the incidence of cesarean delivery: a physician-level longitudinal analysis', *Inquiry* 2004, p. 170-188.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, p. 830-834.

Hartlief 2010

T. Hartlief, *Anno 2010. Beschouwingen over Aansprakelijkheid en Verzekering*, Amsterdam: Uitgeverij deLex 2010.

Katz e.a. 2005

D.A. Katz e.a., 'Emergency Physicians' Fear of Malpractice in Evaluating Patients With Possible Acute Cardiac Ischemia', *Annals of Emergency Medicine* 2005, p. 525-533.

Kessler & McClellan 1996

D. Kessler & M. McClellan, 'Do Doctors Practice Defensive Medicine?', *The Quarterly Journal of Economics* 1996, p. 353-390.

Kessler, Sage & Becker 2005

D.P. Kessler, W.M. Sage & D.J. Becker, 'Impact of Malpractice Reforms on the Supply of Physician Services', *The Journal of the American Medical Association* 2005, p. 2618-2625.

Kim 2007

B. Kim, 'The Impact of Malpractice Risk on the Use of Obstetrics Procedures', *The Journal of Legal Studies* 2007, p. 79-119.

Klick & Stratmann 2007

J. Klick & T. Stratmann, 'Medical Malpractice Reform and Physicians in High-Risk Specialties', *Journal of Legal Studies* 2007, p. s121-s142.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Kroeze 2006

M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006, p. 4-13.

Lawthers e.a. 1992

A.G. Lawthers e.a., 'Physicians' Perceptions of the Risk of Being Sued', *Journal of Health Politics, Policy and Law* 1992, p. 463-482.

Lindenbergh 2007

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk: over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Localio e.a. 1993

A.R. Localio e.a., 'Relationship Between Malpractice Claims and Cesarean Delivery', *The Journal of the American Medical Association* 1993, p. 366-373.

Matsa 2007

D.A. Matsa, 'Does Malpractice Liability Keep the Doctor Away? Evidence from Tort Reform Damage Caps', *The Journal of Legal Studies* 2007.

Mello 2006

M.M. Mello, 'Medical Malpractice: Impact of the Crisis and Effect of State Tort Reforms', https://folio.iupui.edu/bitstream/handle/10244/526/no10_researchreport.pdf.

De Mot 2001

J. de Mot, 'Overheidsaansprakelijkheid voor toezicht: een economische analyse', *NJB* 2001, p. 1670-1674.

Muller, Polak & Stolker 2006

E.R. Muller, J.E.M. Polak & C.J.J.M. Stolker, 'Aansprakelijkheidsmanagement politie. Beschrijving, analyse en handreiking'.

Office of Technology Assessment 1994

U.S. Congress Office of Technology Assessment, 'Defensive Medicine and Medical Malpractice', <http://biotech.law.lsu.edu/policy/9405.pdf>.

Reed e.a. 2008

D.A. Reed e.a., 'Do Fears of Malpractice Litigation Influence Teaching Behaviors?', *Teaching and Learning in Medicine: An International Journal* 2008, p. 205-211.

Rock 1998

S.M. Rock, 'Malpractice premiums and primary cesarean section rates in New York and Illinois', *Public Health Reports* 1998, p. 459-463.

Te Ronde 2007

C. te Ronde, 'Relativiteitsvereiste als rem op aansprakelijkheid: "de nieuwe betekenis" van art. 6:163 BW', *PIV-Bulletin* 2007, p. 12-15.

Roscam Abbing 1995

H.R.A. Roscam Abbing, 'Aansprakelijkstelling en defensieve geneeskunde: tussen de Scylla van gepaste zorg en de Charybdis van budgetbeperking', *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 1995, p. 71-74.

Shapiro e.a. 1989

R.S. Shapiro e.a., 'A Survey of Sued and Nonsued Physicians and Suing Patients', *Archives of Internal Medicine* 1989, p. 2190-2196.

Sloan e.a. 1997

F.A. Sloan e.a., 'Tort Liability and Obstetricians' Care Levels', *International Review of Law and Economics* 1997, p. 245-260.

Sobel, Loughlin & Coogan 2006

D.L. Sobel, K.R. Loughlin & Ch.L. Coogan, 'Medical Malpractice Liability in Clinical Urology: A Survey of Practicing Urologists', *The Journal of Urology* 2006, p. 1847-1851.

Stolker, Levine & De Bel 2001

C.J.J.M. Stolker, D.I. Levine & C.L. De Bel, 'Defensive bureaucracy? Rampen, de overheid en de preventieve rol van het aansprakelijkheidsrecht', in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2001, p. 105-126.

Studdert e.a. 2005

D.M. Studdert e.a., 'Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment', *JAMA* 2005, p. 2609-2617.

Summerton 1995

N. Summerton, 'Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners', *British Medical Journal* 1995, p. 27-29.

Thomas, Ziller & Thayer 2010

J.W. Thomas, E.C. Ziller & D.A. Thayer, 'Low Costs of Defensive Medicine, Small Savings from Tort Reform', *Health Affairs* 2010, p. 1578-1584.

Van Tilburg 2012

F.A. Van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid: Empirisch onderzoek naar de invloed van civielrechtelijke aansprakelijkheid op het beleid van de burgemeester en politie als handhavers van de openbare orde* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2012.

Tussing & Wojtowycz 1992

A.D. Tussing & M.A. Wojtowycz, 'The cesarean decision in New York State, 1986. Economic and noneconomic aspects', *Med Care* 1992, p. 529-540.

Van Twist & ten Heuvelhof 2001

M.J.W. van Twist & E.F. ten Heuvelhof, 'De ramp na de ramp door aansprakelijkheid voor toezicht. Procesmanagement als perspectief', *NJB* 2001, p. 1666-1669.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

Vimercati e.a. 2000

A. Vimercati e.a., 'Choice of cesarean section and perception of legal pressure', *Journal of Perinatal Medicine* 2000, p. 111-117.

Visscher 2002

L.T. Visscher, 'De preventieve werking van het onrechtmatige daadsrecht', *Recht der Werkelijkheid* 2002, p. 59-74.

Visscher 2005

L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2005.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel***: een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Weel 1998

C. van Weel, 'Recente tuchtrechtspraken bevorderen defensieve geneeskunde', *Nederlandsch tijdschrift voor geneeskunde* 1998, p. 1854-1855.

Weisman e.a. 1989

C.S. Weisman e.a., 'Practice Changes in Response to the Malpractice Litigation Climate: Results of a Maryland Physician Survey', *Medical Care* 1989, p. 16-24.

Yang e.a. 2008

Y.T. Yang e.a., 'A Longitudinal Analysis of the Impact of Liability Pressure on the Supply of Obstetrician-Gynecologists', *Journal of Empirical Legal Studies* 2008, p. 21-53.

17 ATTRIBUTIE, JURIDISCHE CAUSALITEIT EN PREVENTIEVE WERKING

Over causaliteitstoerekening vanuit psychologisch perspectief en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de preventieve werking van) het aansprakelijkheidsrecht

I. Giesen

SAMENVATTING

Het doel van deze bijdrage is te inventariseren in hoeverre privaatrechtelijke regels inzake causale toerekening aansluiten bij hoe mensen zich werkelijk gedragen, gegeven het bestaan van attributie als psychologisch fenomeen. Welke gedragspresumpties gaan er schuil achter de regels uit het BW en klopt dat beeld in het licht van wat er uit de psychologie bekend is over causale relaties? Zo nee, in hoeverre zijn beide concepten dan alsnog passend te maken? De conclusie luidt dat beide concepten niet zonder meer passend zijn. Derhalve is het nodig om bij beslissingen over causaliteitsvragen rekening te houden met de lessen uit de attributietheorie. Naast enkele specifieke aanwijzingen voor verbeteringen, blijkt in meer algemene zin dat langer nadenken over juridische vragen, tot betere antwoorden zal leiden. Een nog algemenere les is dat de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (ten dele) niet te bereiken lijkt te zijn, omdat attributiemechanismen (waardoor personen bepaalde gebeurtenissen vooral extern toeschrijven) daaraan in de weg staan.

1 INTRODUCTIE

1.1 Inleiding: vragen uit het recht en antwoorden uit de psychologie?

Het aansprakelijkheidsrecht is gebouwd rondom de centrale begrippen onrechtmatigheid, relativiteit, causaliteit en schuld. De dader dient onrechtmatig te handelen, en wel jegens een specifieke ander. Bovendien moet hij door dat gedrag de schade veroorzaakt hebben en moet hem daarvan een verwijt te maken zijn (tenzij hij het risico toebedeeld krijgt). Bij die beide laatste vereisten (oorzaak en verwijt) gaat het om vormen van toerekening of – zoals psychologen plegen te zeggen – attributie. De beoordeling daarvan stelt de jurist nog altijd voor vraagtekens, omdat er weinig ‘harde’ toepassingscriteria voorhanden zijn.

De rechter wikt en weegt op grond van de omstandigheden zoals die zich voordoen. Of daarbij bepaalde gedragspresumpties een rol spelen, is nauwelijks bekend, maar dat lijkt voor de hand te liggen.

In de (cognitieve) psychologie is attributie (voor nu: gebeurtenissen toeschrijven aan oorzaken, causale relaties leggen) een bekend en veel onderzocht fenomeen. Personen zijn bijvoorbeeld geneigd om de oorzaak van een gebeurtenis in eerste instantie bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten.¹ Bij het nadenken over hoe een ongeval en schade ontstaan is, kan dat allicht van invloed zijn. En zo rijst de vraag: zijn er in de psychologie lessen te leren en antwoorden te vinden die de jurist verder kunnen helpen?² Wellicht blijkt dat de juristen van bepaalde presumpties uitgaan, ten onrechte of niet, en dat bepaalde gedragseffecten te verwachten zijn. Het doel van deze bijdrage is derhalve te inventariseren of attributie als psychologisch fenomeen aansluit of past bij de notie van causale toerekening in juridische zin, en zo nee, in hoeverre beide concepten dan alsnog passend te maken zijn.

Ik wil hierna dus onderzoeken in hoeverre privaatrechtelijke regels inzake causale toerekening aansluiten bij hoe mensen zich werkelijk gedragen, gegeven het bestaan van de notie van attributie. Welke gedragspresumpties (van de wetgever en rechter) gaan er eventueel schuil achter de regels uit het BW? Klopt dat beeld in het licht van wat er uit de psychologie bekend is over causale relaties? Anders gezegd: klopt de juridische dogmatiek met de psychologische 'regels' inzake menselijke attributie? Zo nee, wat is het gevolg daarvan, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van preventie?

De achterliggende, meer algemene vraag die in deze bijdrage aan de orde is, is zodoende uiteindelijk deze: hoe zou het aansprakelijkheidsrecht moeten omgaan met de resultaten die in de psychologie bereikt zijn inzake attributie? Sluiten de presumpties en beoogde effecten van de wetgever aan bij de werkelijkheid? Zo nee, hoe erg is dat? Mijn vertrekpunt bij die laatste vraag is dat als het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht niet aansluiten bij de gebruikelijke 'attributieve noties' van de justitiabele, er ten minste een probleem zou kunnen zijn.

1 Zie nader par. 3.2.

2 Dat de (cognitieve) psychologie interessant kan zijn voor juristen en wat daaronder dan wordt verstaan, heb ik eerder uitvoerig beschreven, zie Giesen 2005a, p. 17-24. Ik sla die stap nu over. Het navolgende vormt overigens de uitwerking van een suggestie op p. 45 (noot 124) van mijn rede.

1.2 Verdere opzet en plan van aanpak

Ik richt mij in deze bijdrage, vanuit juridisch perspectief beschouwd, op de causaliteitsvraag, waarbij ik vooral de toerekening naar redelijkheid (TNR) in ogenschouw neem. Ik ga dus niet nader in op de juridische vraag naar verwijtbaarheid (schuld, *blame*), hoewel ook dat thema onder attributie (vanuit de psychologie bezien, tenminste) te scharen is.³ Dat tweede thema is wat mij betreft namelijk minder interessant, omdat de eis van verwijtbaarheid in de zin van art. 6:162 lid 3 BW in het hedendaagse onrechtmatige daadsrecht nog slechts een beperkte rol vervult naast de daarvan te onderscheiden eis dat er in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid (lid 2) gehandeld moet zijn.⁴ Uiteraard betekent zulks wel dat beide begrippen, die psychologisch als een geheel kunnen worden gezien, voor de omslag naar het juridische uit elkaar gehaald moeten worden. Theorieën inzake de attributie van *blame*, waarin zowel *causality* als *responsibility* verweven worden, zal ik dus onbesproken laten.⁵

Het eerste thema (causaliteit) is vooral daarom interessant, omdat uit psychologisch onderzoek⁶ is gebleken dat mensen bij attributie (zie par. 3.1) geneigd zijn de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie, de context) te onderschatten. Deze ‘fundamentele attributiefout’ (waarover par. 3.2) lijkt van belang voor de omgang met causaliteitsvragen in het aansprakelijkheidsrecht.⁷ Deze ‘fout’ zou immers kunnen leiden tot verkeerde ideeën over hoe de dingen gelopen zijn en dus tot verkeerde beslissingen (door rechters of door partijen tijdens schikkingsonderhandelingen) inzake aansprakelijkheid en schadevergoeding. Zeker in het licht van de juridische opkomst van de proportionele aansprakelijkheid⁸ wordt het van steeds groter belang dat de diverse causale bijdragen aan de schade, voor zover afgrensbaar, juist worden bepaald en ingevuld.

Aan de andere kant is ook voorstelbaar dat vanuit de gedachte van TNR juist bewust afstand genomen wordt van wat werkelijk (psychologisch) toerekenbaar is, zodat de attributiefout als het ware ‘goedgekeurd’ of in elk geval geaccepteerd wordt door het juridische systeem, omdat de zo bereikte uitkomst wenselijk is (op normatieve gronden). Dezelfde vragen en denklijnen gelden voor de zogenoemde ‘defensieve attributie’, het verschijnsel dat mensen meer verantwoordelijkheid toeschrijven aan een ander als dat gedrag tot ern-

3 Zoals ook door De Hoon 2008 gedaan is, maar dan voor het contractenrecht. Het thema ‘attributie’ wordt dus ook wel behandeld onder de noemer ‘schuld’, zo ook bij Van Koppen 2010, p. 15 e.v.

4 Zie bijv. Verheij 2005, p. 48. In die richting ook Asser-Hartkamp-Sieburgh 2011, nr. 107. In het contractenrecht speelt de verwijtbaarheid nog altijd een (te) belangrijke rol, aldus De Hoon 2008.

5 Zie bijv. Shaver 1985. Vgl. bijv. ook nog De Hoon 2008; Mantler et al. 2003, p. 142-152; Barendrecht 2004, p. 55-56 en Hans & Dee 2002-2003, p. 1093-1094.

6 Zie bijv. Vonk c.s. 2003, p. 23-25 en p. 77 e.v.

7 Zie voor nu alvast Plous 1993, p. 180 e.v. en Giard 2011, p. 474-475.

8 HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

stiger gevolgen leidt. Ook dat zal in het onderzoek betrokken worden (par. 3.3), net als de ‘actor-observer difference’ en de ‘self-serving bias’ (par. 3.4 en 3.5).⁹

Voorafgaand aan deze beschouwingen vanuit de psychologie zal ik kort het juridisch kader inzake (zowel het *condicio sine qua non* (CSQN)-verband als) de TNR schetsen (par. 2.1) en bezien welke gedragspresumpties en beoogde gedragseffecten daaraan eventueel ten grondslag liggen (par. 2.2). In paragraaf 4 zal ik vervolgens de verkregen resultaten uit paragraaf 3 terugkoppelen naar het juridische speelveld: hoe verloopt de aansluiting tussen het juridische en het psychologische? Het perspectief in die paragraaf is dat van de civiele rechter. De gevolgen van een en ander zet ik aldaar op een rij en ik zal bespreken wat er eventueel gedaan kan worden om de aansluiting te versoepelen. Vervolgens zal ik specifiek ingaan op de gevolgen van de psychologische ‘uitkomsten’ voor de beoogde gedragseffecten van de juridische causaliteitsregels (par. 5). De vraag of die effecten worden bereikt, wordt deels ontkennend beantwoord en bezien wordt dan ook hoe dat te verklaren valt. Dat leidt tot een algemene gedachte over (het ontbreken van) de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. In paragraaf 6 volgt een korte afronding.

2 HET JURIDISCHE KADER GESCHETST

2.1 *Causaliteit: regels inzake CSQN en TNR*

Als een persoon een ander met succes aansprakelijk wil stellen, is naast een onrechtmatige handeling in enge zin ook vereist dat de handeling in kwestie in causaal verband staat met de schade. De beoordeling van die causaliteitsvraag wordt, in Nederland en elders,¹⁰ vervolgens in tweeën gesplitst. Eerst beoordelen wij de feitelijke causaliteit: bestaat er feitelijk een verband tussen handeling en schade? Het betreft hier de vraag naar de vestiging van aansprakelijkheid. Vervolgens komt de secundaire causaliteit aan bod, dat wil zeggen de (normatieve) toerekening van de schade aan de veroorzakende gebeurtenis.¹¹

Ten eerste: feitelijke causaliteit, ofwel de *condicio sine qua non*-vraag, speelt in alle moderne rechtsstelsels een wezenlijke rol.¹² Daarbij wordt gevraagd: zou de schade ook

9 De beschouwingen in par. 3 zijn geschreven vanuit het perspectief van ‘gewone’ personen, en niet met de civiele rechter in het achterhoofd.

10 De ‘Principles of European Law on Non-Contractual Liability arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam)’ vormen hierop een uitzondering, zie Von Bar 2009, Chapter 4, Art. 4:101, Comments, B, 11-12. Dit wordt dan gebaseerd op de verondersteld verschillende positie in Frankrijk (en België), zie Von Bar 2009, Chapter 4, Art. 4:101, Notes, II, 17, maar vele auteurs denken hier anders over, zie de verwijzingen hierna en Viney/Jourdain 2006, no. 351 e.v., speciaal no. 353 and 359.

11 Zie Van Dam 2006, no. 1102, die in no. 1101 noteert dat Frankrijk, Duitsland, noch Engeland een wettelijke regel over causaliteit bevat, zoals Nederland in art. 6:98 BW.

12 Van Dam 2006, no. 1102; Van Gerven e.a. 2000, p. 452.

zijn ingetreden indien er wel correct zou zijn gehandeld? Is dat het geval, dan zou correct handelen de schade niet voorkomen hebben en ontbreekt het CSQN-verband zoals vereist op basis van artikel 6:162 BW. Is dat niet het geval, dan zou anders (rechtmatig) handelen de schade wel voorkomen hebben, althans niet veroorzaakt hebben, en bestaat dus wel het vereiste verband tussen handeling en schade.¹³ Het gaat hierbij dus in eerste instantie om een bewijsvraag: welke feiten kunnen bewezen worden?¹⁴

De toerekening van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis, de secundaire causaliteit, geschiedt vervolgens op basis van artikel 6:98 BW.¹⁵ Een algemene uitspraak over hoe de via dat artikel beoogde weging uitpakt, is niet bij voorbaat te geven. De daarbij door de wetgever gebruikte (niet-limitatieve) canon van relevante omstandigheden en factoren dient steeds opnieuw afgewogen te worden door de rechter die de betreffende zaak voor zich heeft. Deze zal vervolgens tot een (grotendeels normatieve) keuze komen.¹⁶ Ik stip hier slechts de belangrijkste elementen uit die afweging aan.

Wellicht praktisch het meest van invloed is de factor *aard van de schade*. Als wij te maken hebben met zuivere vermogensschade, zal de toerekening minder ruim zijn (minder schadeposten omvatten) dan wanneer het om letselschade gaat.¹⁷ Binnen de afweging van artikel 6:98 BW dient echter ook de *aard van de aansprakelijkheid* meegewogen te worden. Meestal gaat het dan om de vraag of de aansprakelijkheid in kwestie een schuld- of risico-aansprakelijkheid is, een eigen of andermans daad betreft, dan wel een contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid is. Naarmate de schuld aan het gebeuren groter is, is toerekening in ruimere mate mogelijk. Dat betekent dat ook de *mate van verwijtbaarheid* relevant is. Ook de *aard van de geschonden norm* (verkeers- of veiligheidsnorm, dan wel een reguliere zorgplicht) kan de reikwijdte van de toerekening bepalen. Tevens kan de *voorzienbaarheid van de schade* een (beperkte) rol spelen bij de toerekening (hoe beter voorzienbaar, hoe beter toerekening te rechtvaardigen is), net als het feit dat het gevolg wellicht verder of minder *ver verwijderd* is van de onrechtmatige daad (de gebeurtenis).¹⁸ Gevolg van een en ander is dat er hier uiteindelijk weinig vooraf met zekerheid gezegd kan worden, al was het maar omdat de af te wegen factoren elkaar ook ten dele kunnen tegen spreken.

Overigens geldt ook naar Duits en Engels recht (en tot op zekere hoogte ook in Frankrijk¹⁹), dat de kwestie van de juridische causaliteit erg belangrijk is. Maar er bestaan

13 Daarover bijv. Asser-Hartkamp-Sieburgh 2009, nr. 51; Verheij 2005, p. 27-28.

14 Zie over dergelijke bewijsvragen en de problemen daarbij bijv. ook Wagner 2006, p. 281 e.v., en Schulz 2006, p. 327 e.v.

15 Asser-Hartkamp-Sieburgh 2009, nr. 63 e.v.; Verheij 2005, p. 28-29 en p. 69 e.v.

16 Dit geldt in alle Europese systemen, zie Van Dam 2006, no. 1102 en no. 1111. Zie ook Van Gerven e.a. 2000, p. 395.

17 Dit is een algemene trend, zie Van Dam 2006, no. 1102 en no. 1111.

18 Over het voorgaande Asser-Hartkamp-Sieburgh 2009, nr. 63-69, en Verheij 2005, p. 70-72.

19 Zie hiervoor noot 10.

daar geen wettelijke bepalingen die hierover een regeling bevatten.²⁰ De rechtspraak beslist derhalve, langs verscheidene wegen, maar uiteindelijk op grond van ‘policy’ overwegingen, gegeven wat eerlijk en wat redelijk is.²¹ In dit verband zullen Duitse juristen de beschermende strekking van zorgplicht van de aangesprokene analyseren, terwijl Engelse juristen bekijken of een bepaalde oorzaak allicht te ver verwijderd is, of deze ‘*too remote*’ is (‘*remoteness of damage*’), hetgeen wil zeggen dat de schade redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn. Naar Frans recht kijkt men enkel naar de ‘directe’ en onmiddellijke gevolgen, zonder nadere duiding te kunnen ontleen aan vastgelegde criteria.²²

Op het terrein van het Europese privaatrecht maken de ‘*Principles of European Tort Law*’ (PETL) onderscheid tussen CSQN-verband in artikel 3:101 PETL en ‘*legal causation*’ ofwel de ‘*scope of liability*’ in artikel 3:201 PETL. Ten aanzien van de laatste causaliteitsvorm noemt het artikel enkele van de (niet limitatief opgesomde) factoren die gewogen moeten worden als een zaak beslist moet worden: de voorzienbaarheid, de aard en de waarde van het beschermde belang, de grond voor aansprakelijkheid, de omvang van de normale risico’s en de beschermende strekking van de geschonden norm. Deze factoren zijn bekend uit de hiervoor al besproken systemen. Het ‘Draft Common Frame of Reference’ vormt in feite een buitenbeentje in Europa in dit verband. Immers, de in de ‘*Principles of European Law on Non-Contractual Liability arising out of Damage Caused to Another*’ (PEL Liab. Dam) opgenomen regels maken geen onderscheid tussen de vestiging en de omvang van de aansprakelijkheid; in plaats daarvan wordt slecht de (vage) frase ‘*to be regarded as the consequence of*’ benut.²³

Ook zonder verdere analyse van deze twee vrijwel steeds terugkerende grondgedachten over causaliteit zal duidelijk zijn dat hoewel het eerste verband vooral een bewijskwestie lijkt te zijn (wat deed zich feitelijk voor?), er ook daar normatieve beslissingen genomen worden (bijvoorbeeld over wat wel of niet bewezen kan worden geacht), waarbij de beslisser onder invloed kan staan van psychologische invloeden en vooroordelen (‘bias’). De tweede causaliteitsvraag is echter normatiever van aard (welke schade(omvang) reken ik nog toe?) en vergt een heel directe eigen afweging door de rechter, een afweging, en dus een beslissing, die nog sterker beïnvloed zal (kunnen) worden door alle psychologische valkuilen die eenieder daarbij zou (kunnen) tegenkomen.

20 Voor details en rechtspraak: Van Gerven e.a. 2000, 396-426; Van Dam 2006, no. 1103 e.v.

21 Van Dam 2006, no. 1111; Van Gerven e.a. 2000, p. 454 en p. 457. Zie ook Zweigert/Kötz 1998, p. 602 en p. 610.

22 Zie Zweigert/Kötz 1998, 602, 609 en 621. Zie ook Kötz/Wagner 2010, no. 186 en no. 209 e.v.; Rogers 2006, no. 6-16 e.v.; Viney/Jourdain 2006, no. 359.

23 Zie art. 4:101 PEL Liab. Dam, en Von Bar 2009, Chapter 4, Art. 4:101, Comments, B, no. 11-12.

2.2 *Gedragspresumpties en gedragseffecten?*

Alvorens wij aan die mogelijke valkuilen toekomen, is het logisch om eerst nog te bezien of en in hoeverre de wetgever bij het opstellen van deze causaliteitsregels wellicht uit is gegaan van bepaalde presumpties over menselijk gedrag. Ook is het interessant te bekijken of men bepaalde gedragseffecten van deze regels heeft verwacht, en zo ja, welke. Immers, als dat het geval zou zijn, zou de terugkoppeling (in par. 4) tussen het juridische en het psychologische wellicht eenvoudiger zijn.

Helaas blijkt dat de wetsgeschiedenis ons op dit punt niet verder helpt. Voor zover de wetgever al bepaalde presumpties of effecten in gedachte had, zijn die niet op schrift gesteld, voor zover ik heb kunnen achterhalen. Uiteraard is dat vrij logisch als men zich bedenkt dat deze wetgeving en de toelichting het werk zijn geweest van gespecialiseerde civilisten. Helemaal verloren zijn wij daarmee nog niet, want het is wel mogelijk om de algemene gedragspresumpties en beoogde gedragseffecten van het aansprakelijkheidsrecht als zodanig tot uitgangspunt te nemen, aangezien dergelijke uitgangspunten dan waarschijnlijk ook voor de causaliteit opgeld zullen doen. Echter, of op dat vlak de wetgever wél het achterste van zijn tong heeft willen laten zien, valt ook te betwijfelen. En inderdaad, opnieuw valt uit de wetgevingsstukken niets te putten.

Heeft de wetgever dan in het geheel geen gedachten gehad over wat er met het aansprakelijkheidsrecht bereikt zou kunnen of moeten worden? Zo erg is het niet, maar die wetgever heeft het niet opgeschreven. Een algemeen erkend uitgangspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is echter, daar kunnen wij in het navolgende ook van uitgaan, dat regels van aansprakelijkheidsrecht beogen om een midden te vinden tussen de behoefte aan veiligheid (voor de benadeelde) enerzijds en de behoefte aan handelingsvrijheid (voor de aangesprokene). Tegenwoordig krijgt het veiligheidsaspect daarbij meer nadruk.²⁴ Net een niveau concreter leidt dit tot de brede erkenning van ten minste twee functies van aansprakelijkheidsrecht: ten eerste compensatie, dat wil zeggen een vergoeding bieden als een ander onjuist, onzorgvuldig handelde, en ten tweede, waar mogelijk, preventie (voorkomen) van onzorgvuldig gedrag door dergelijk gedrag te sanctioneren.²⁵

Vanuit die functies verder redenerend, is het niet al te lastig om als een gedragspresumptie die ten grondslag zou kunnen liggen aan het aansprakelijkheidsrecht in zijn algemeenheid, te aanvaarden dat de afdwingbare plicht om schadevergoeding te betalen bij onzorgvuldig handelen (compensatie), de actor ertoe zal bewegen dergelijk onzorgvuldig (en dus onrechtmatig) gedrag te vermijden. De wetgever gaat er dus van uit (hij veronderstelt zulks) dat schadelijk gedrag omzeild wordt vanwege de sanctie die erop staat. Door zich vervolgens daadwerkelijk zo te gedragen wordt meteen ook de schade als zodanig

²⁴ Zie bijvoorbeeld Verheij 2005, p. 16, en Van Dam 2000, nr. 001; Asser-Hartkamp 2011, nr. 12.

²⁵ Zie Verheij 2005, p. 16-17, alwaar ook nog andere, maar minder algemeen erkende functies genoemd worden. Die laat ik hier verder rusten.

voorkomen (preventie) en dat is dan het beoogde gedragseffect dat aan het aansprakelijkheidsrecht in zijn algemeenheid verbonden wordt. In welke mate dat effect zich in werkelijkheid ook voordoet (of de regels van het aansprakelijkheidsrecht werkelijk preventief werken), staat overigens ter discussie.²⁶ Ik kom daar nog op terug (par. 5).

Dat alles als vertrekpunt hanterend, kan vervolgens vastgesteld worden dat de regels inzake causaliteit van dit grotere geheel een belangrijk deel vormen en dat dus veilig gesteld kan worden dat dezelfde gedragspresumpties en -effecten ook op dat niveau een rol zullen spelen. En dus wordt het tijd te bezien in hoeverre een en ander past bij wat de (cognitieve) psychologie ons leert over oorzakelijke verbanden.

3 PSYCHOLOGISCHE INZICHTEN

3.1 Diverse attributietheorieën

Dat deel van de psychologie dat zich bezighoudt met de attributietheorie, in de breedste zin van het woord, *'is concerned with the attempts of ordinary people to understand the causes and implications of the events they witness'*.²⁷ Men is *'seeking to discover why an event has occurred'*.²⁸ Het betreft in wezen niet één attributietheorie, maar veeleer een aantal verwante theorieën die beschrijven hoe mensen oorzaken toeschrijven aan gebeurtenissen of gedragingen.²⁹ Een gebeurtenis kan dan een ongeval zijn, maar ook een opmerking van iemand anders of het resultaat van bepaald gedrag.³⁰ Het kan daarbij om gedragingen van de actor zelf gaan of om het gedrag van een ander, zo is gebleken.³¹

Deze zoektocht naar antwoorden inzake de mogelijke oorzaken van gebeurtenissen of gedragingen is weliswaar nodig, maar wordt niet in alle gevallen door iedereen op gelijke wijze ingezet, want dat zou te veel (cognitieve) moeite kosten. In plaats daarvan zoekt men verklaringen als zich een onverwachte uitkomst aandient, als een wens niet vervuld is en wanneer de uitkomst van groot belang is. De mens doet dit, zo wordt gezegd, om verrassingen en onzekerheid tegen te gaan en te bestrijden. Ook wil men zo bereiken dat bepaalde doelen de volgende keer wel gehaald worden, men wil dus leren.³²

26 In zijn algemeenheid daarover Van Boom 2006, p. 287 e.v. en Engelhard 2003, p. 213-222.

27 Ross & Anderson 1982, p. 129. Het navolgende is overigens een zeer beknopte weergave van slechts een deel van de theorievorming over dit thema.

28 Weiner 1986, p. 292. Zie ook Van Koppen 2010, p. 17.

29 Zo bijv. McArthur 1972, p. 171. Attributie is op zich slechts een deel van het menselijke 'information-processing system', vgl. Hamilton 1988, p. 359 e.v.

30 Vonk c.s. 2003, p. 23 en p. 78.

31 Zie Vonk c.s. 2003, p. 97 en 117; Nisbett et al. 1982, p. 103.

32 Zie Weiner 1986, p. 292-293. Vgl. ook Vonk c.s. 2007, p. 210-212, alsmede en vooral Vonk c.s. 2003, p. 117: attributie geschiedt als iemand belangrijk is, er iets negatiefs gebeurt of als iemand iets onverwachts doet.

De grondlegger van de attributietheorie, *Heider*, onderscheidde drie mogelijke oorzaken of eigenlijk drie soorten factoren als mogelijke oorzaken voor bepaalde gebeurtenissen. Ten eerste 'het zelf', dat wil zeggen de persoon die het gedrag uitvoerde; ten tweede iemand anders, en ten derde toeval of 'het lot'.³³ De eerste factor dient binnen deze theorie onderscheiden te worden van de tweede en derde factor. *Persoonsattributie* (het toeschrijven aan de persoon van de actor), ook wel interne attributie genoemd, wordt derhalve gesteld tegenover externe attributie of *situationele attributie* (het toeschrijven aan factoren buiten de actor, hetzij een ander persoon, hetzij de situatie).³⁴ Een volgend belangrijk onderdeel van de theorie betreft de stabiliteit van een oorzaak. Geldt deze tijdelijk of permanent? Een permanente of stabiele oorzaak, zoals iemands persoonlijkheidskenmerken, staat ons immers toe om gedrag te voorspellen. Dat biedt houvast.³⁵

Onder andere door *Kelley* is voortgebouwd op het werk van *Heider*, en is de attributietheorie verder geformaliseerd.³⁶ Kelley onderscheidt drie attributiedimensies en drie bronnen van informatie die aan elk gerelateerd zijn. Er is consistentie-informatie, verwijzend naar het gedrag van de actor op andere momenten of ten aanzien van een andere modaliteit, er is consensusinformatie, over het gedrag van andere actoren,³⁷ en er is distinctiviteitsinformatie, verwijzend naar de objecten (entiteiten) ten opzichte waarvan het gedrag wordt vertoond.³⁸ Het toeschrijven van een oorzaak aan iets of iemand hangt af van deze informatie. Een persoonsattributie betekent in dit geval dat de oorzaak van het gedrag bij de actor zelf ligt, een entiteitsattributie legt de oorzaak bij het object (hetgeen ook een gebeurtenis kan zijn). Beide voorgaande vormen zijn ook te combineren, maar ook toeval kan bepalend zijn geweest (omstandighedenattributie).³⁹

Attributietheorie behandelt dus de verwerking van sociale informatie door de mens. Het is een normatieve theorie die zegt wat wij zouden moeten doen als rationeel handelende

33 Vonk c.s. 2003, p. 23 en p. 78.

34 Vonk c.s. 2003, p. 78; Van Koppen 2010, p. 17.

35 Zie nader Van Koppen 2010, p. 17-18, alsmede Vonk c.s. 2007, p. 208-212. Intern of extern attribueren hangt dus bijvoorbeeld ook ervan af of een goed persoon ook goed handelt (consistent gedrag, interne attributie) of juist slecht handelt (inconsistent; extern), Regan et al. 1974, p. 385-397.

36 Zie daarover Nisbett et al. 1982, p. 101 en Shaver 1985, p. 50 e.v., Plous 1993, p. 174, geeft Kelley een nog belangrijker stek in de ontwikkeling van 'attribution theory'.

37 Inmiddels is er meer en meer bewijs boven tafel gekomen dat consensus-informatie (wat doen anderen?) weinig of geen invloed heeft op het toeschrijven van oorzaken, zie Nisbett et al. 1982, p. 102-103; Vonk c.s. 2003, p. 133, en Plous 1993, p. 176-178. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het 'false-consensus-effect', de veronderstelling dat een ander onder gelijke omstandigheden op dezelfde manier reageert als de waarnemer (Vonc c.s. 2003, p. 133).

38 Vonk c.s. 2003, p. 88-89; Plous 1993, p. 174; Nisbett et al. 1982, p. 101; Van Koppen 2010, p. 18. Dit alles is onderdeel van Kelley's covariatiemodel of ANOVA-principe, vgl. ook nog Vonk c.s. 2007, p. 209-211. Ik laat dat hier verder onbesproken; het is voor dit artikel niet nodig hierover nader uit te weiden.

39 Zie Vonk c.s. 2003, p. 90-93; Plous 1993, p. 174-175.

personen.⁴⁰ Er is echter, zoals gezegd, geen tijd om altijd conform de theorie te attribueren. Soms willen wij dat ook niet. Ook ontbreekt het ons geregeld aan informatie. Ter compensatie daarvan maken wij dan ook gebruik van bestaande kennis en van bestaande vuistregels, uit ervaring opgebouwd en opgeslagen als causale schema's.⁴¹ Zo is er het '*multiple sufficient causes*'-schema, dat stelt dat als er meerdere oorzaken denkbaar zijn, soms één oorzaak al als voldoende verklaring wordt gezien. Nadeel daarvan is echter dat er daarbij vertekeningen optreden, 'fouten' worden gemaakt. Zo kan een andere oorzakelijke factor binnen dat schema ten onrechte genegeerd worden, omdat er al een oorzaak bekend is, het zogenoemde *discounting-principle*.⁴²

Dit is één van vele voorbeelden van wat attributiefouten genoemd kunnen worden. Deze kunnen grote gevolgen hebben.⁴³ In het navolgende komt een aantal van die vertekeningen (steeds vanuit het perspectief van een regulier persoon, en nog niet vanuit dat van bijvoorbeeld een rechter) dan ook uitvoeriger aan de orde.

3.2 De fundamentele attributiefout

De 'fundamental attribution error' is een vertekening die te maken heeft met een ander (ook psychologisch) fenomeen: 'salience'. 'Salience' is het vermogen om aandacht te trekken, en de meer 'salient factors', de factoren die meer aandacht opeisen, worden typischerwijs gezien als meer causaal betrokken. Iemands perceptie van causaliteit is dus ook afhankelijk van waar zijn aandacht heen gaat in een bepaalde context en die aandacht wordt dan weer bepaald door hoe 'salient' een factor (of een persoon) is.⁴⁴

Als wij daarvan uitgaan en daaraan koppelen dat in een sociale omgeving het gedrag, en dus de actor, de meeste aandacht trekt van een waarnemer, is het een kleine stap te bedenken dat deze focus op de actor ertoe leiden zal dat de toeschouwer het gedrag te veel zal toeschrijven aan '*dispositional factors*' (dispositionele factoren), persoonskenmerken zoals mogelijkheden en motieven (interne attributie), en te weinig aan situationele factoren (externe attributie). Wij zijn derhalve geneigd de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten.⁴⁵ Omdat die neiging zo enorm groot bleek, en de attributie vaak

40 Zoals gezegd, het gaat hier om een verzameling van theorieën. Ik bespreek hier bijv. niet de prestatie-attributie-theorie van Weiner, zie bijv. Weiner 1986 en Vonk c.s. 2003, p. 97 e.v., en de zelfwaarnemingstheorie van Bem (zie Vonk c.s. 2003, p. 107 e.v.).

41 Vonk c.s. 2003, p. 94-95. Zie hierover ook Van Koppen 2010, p. 15-17.

42 Vonk c.s. 2003, p. 95; Ross & Anderson 1982, p. 132.

43 Van Koppen 2010, p. 19.

44 Plous 1993, p. 178-180, verwijzend o.a. naar Taylor & Fiske 1975, p. 439-445, en Ross & Anderson 1982, p. 138-139. Over 'aandacht' ook nog Vonk c.s. 2003, p. 135-136, en Giesen 2005a, p. 65-67.

45 Plous 1993, p. 180; Van Koppen 2010, 19-20; Vonk c.s. 2003, p. 124; Ross & Anderson 1982, p. 135; Farnsworth 2007, p. 242, en Giard 2010, p. 10. Misschien verklaart dit ook (ten dele) de neiging om in bepaalde gevallen

zo onjuist, sprak men over de fundamentele attributiefout en niet over een reguliere ‘bias’. In vervolgonderzoek is deze fout (ook wel de correspondentievertekening genoemd⁴⁶) steeds weer aangetoond; zelfs als proefpersonen nadere uitleg krijgen, worden de persoonskenmerken toch weer naar voren gehaald om gedrag te voorspellen en wordt dezelfde fout gemaakt.⁴⁷ Dat betekent overigens niet dat niet ook betoogd is dat deze ‘error’ niet zou bestaan of ten minste niet fundamenteel zou zijn.⁴⁸

De correspondentievertekening treedt mede hierom vaak op, omdat het lastig is een attributie te maken die recht doet aan de invloed van de situatie. Wij moeten *weten* in welke situatie de actor zich bevindt, wij moeten *verwachtingen* koesteren over hoe mensen zich dan gedragen, wij moeten het gedrag *identificeren* en dat gedrag eventueel ook nog *corrigeren* na een vergelijking met wat anderen zouden doen. En op al die vlakken kan het misgaan. En stevig ook. Bezien wij bijvoorbeeld de derde stap iets nader, dan blijkt dat zelfs als wij weten hoe de situatie is en onze verwachtingen kloppen, ons oordeel kan afwijken, bijvoorbeeld doordat wij het gedrag dat wij verwachten veel sterker waarnemen dan het feitelijk is, met als gevolg dat wij de reactie dan wellicht ‘te’ vinden, overdreven achten. Goed inzicht leidt dan (alsnog) tot een vertekening, een extreme gevolgtrekking.⁴⁹

3.3 ‘Defensive attribution’

Een volgend fenomeen dat gerelateerd is aan attributietheorie is de zogenoemde defensieve attributie, het verschijnsel dat mensen meer verantwoordelijkheid toeschrijven aan een ander (de dader of het slachtoffer) als het gedrag tot ernstiger gevolgen leidt.⁵⁰ Het betreft hier een defensieve vertekening, omdat men zichzelf beschermt tegen de moeilijk verdraagbare gedachte dat negatieve gebeurtenissen met ernstige gevolgen door toeval tot stand komen, zodat die ook jezelf kunnen overkomen zonder dat je daarover controle hebt. Door de oorzaak alsnog bij een ander persoon te leggen, wordt de gebeurtenis iets dat kan worden vermeden.⁵¹ De ‘bias’ dient dus het eigen welzijn en komt voort uit individuele motieven.⁵²

te denken in termen van primaire (hoofdverantwoordelijke) en secundaire daders, zoals bij falend toezicht (daarover nader Giesen 2005b, m.n. p. 37-40).

46 Daarnaast is er nog de ‘ultimate attribution error’ die handelt over etnische vooroordelen, zie Pettigrew 1979, p. 461-476. Ik ga daar nu niet nader op in.

47 Zie Plous 1993, p. 180-181; Vonk c.s. 2003, p. 124, en Van Koppen 2010, p. 19. Zie ook nog Tetlock 1985, m.n. p. 228 en Vonk c.s. 2007, p. 44 en 203-207.

48 Zie bijv. Harvey et al. 1981, p. 346-349, en in reactie daarop Reeder 1982, p. 341-344, en Sabini et al. 2001, en in reactie daarop o.a. Ross 2001, alsmede Gawronski 2004.

49 Zie uitvoeriger Vonk c.s. 2003, p. 124-128.

50 Zie Vonk c.s. 2003, p. 139; Vgl. ook Hans & Dee 2002-2003, p. 1103 e.v. en Barendrecht 2004, p. 55-56.

51 In die zin lijkt deze theorie op de zogenoemde ‘just world hypothesis’ waarover o.a. Van Koppen 2002, p. 23 e.v.

52 Vonk c.s. 2003, p. 139; Burger 1981, p. 497-498 en p. 510, alsmede Stewart 2005, p. 682. Dit verklaart ook waarom slachtoffers van verkrachting vaak de verantwoordelijkheid bij zichzelf zoeken, want zelf verant-

Vervolgens is deze ‘bias’ nader onderzocht. Zo werd ontdekt dat deze bias moeilijk te bevestigen was, dus modificeerde men deze als volgt: wanneer een waarnemer een oordeel velt over de verantwoordelijkheid van een ander, kan de attributie verstoord raken als de waarnemer en actor sterk op elkaar lijken en de actor in een situatie zit die de waarnemer ook zou kunnen meemaken. Zowel de gelijkheid tussen de actor en de waarnemer, als de ernst van de uitkomst draagt dus aan defensieve attributie bij.⁵³

Voor wat betreft de gelijkheid tussen actor en waarnemer: als de waarnemer in de toekomst in dezelfde situatie zal (kunnen) geraken als de actor, dan zal die gelijkheid zich voordoen. Vervolgens zal de waarnemer trachten de persoonlijke gelijkheid te ontkennen. Lukt dat niet, dan volgen andere strategieën, zoals attributie aan toeval, en daarmee dus niet aan de persoon die weinig verschilt van de waarnemer zelf, of minimalisatie van de gevolgen ervan. Zo wordt ervoor gezorgd dat de waarnemer zelf straks geen schuld zal (kunnen) hebben aan een eventueel toekomstig ongeval waarbij hij zelf betrokken is.⁵⁴

Als echter de waarnemer géén gelijkenis ziet en hij zichzelf dus niet als potentiële toekomstige dader ziet, maar eerder als een slachtoffer, dan zal deze de gebeurtenis niet aan toeval willen toeschrijven.⁵⁵ Ten opzichte van de persoon met wie men een zekere gelijkenis heeft, is men derhalve milder dan ten opzichte van iemand die niet die gelijkenis vertoont. Vervolgens is ook bevestigd dat als de ondervraagde gelijkenis vertoont met de actor en de situatie gelijk is, de attributie aan die actor minder zal zijn, te meer nog als de gevolgen erger zijn.⁵⁶ Als er echter geen situationele en persoonlijke gelijkenis is, wordt er juist meer verantwoordelijkheid toegeschreven aan de actor als de ernst van de gevolgen groter is (de oorspronkelijke these van defensieve attributie).⁵⁷ De gedachte is, nogmaals, dat als toeval geen rol speelt, de ernstige gebeurtenis vermijdbaar en dus controleerbaar is.

3.4 ‘Actor-observer differences’

Het voorgaande ging nog over de attributie door iemand die de actor waarneemt. Die situatie kan en moet onderscheiden worden van de gevallen waarin attributie door de actor zelf ter discussie staat. Immers, de waarnemer focust op de actor (die is ‘salient’, zie par. 3.2), maar de actor zelf zal zich niet daarop kunnen richten; deze focust (dus) op de situatie zoals die zich voordoet. Omdat de actor zelf vooral zijn omgeving zal waarnemen – die is immers voor hem ‘salient’ – zal deze persoon vervolgens zijn eigen gedrag juist te sterk

woordelijk zijn betekent dat de gebeurtenis (in de toekomst) vermijdbaar is, zie het overzicht bij Burger 1981, p. 497.

53 Burger 1981, p. 498; Stewart 2005, p. 682. Zie (voor whiplash-gevallen) Hans & Dee 2002-2003, p. 1103.

54 Burger 1981, p. 498.

55 Burger 1981, p. 498-499.

56 Men gaat dan zelfs het slachtoffer verantwoordelijk houden, vgl. Hans & Dee 2002-2003, p. 1105.

57 Hans & Dee 2002-2003, p. 1106.

attribueren aan die omgeving (te veel externe attributie dus). Dat verschil tussen de attributie van eigen gedrag en het gedrag van anderen heet dan het ‘actor-observer’-verschil.⁵⁸ De verklaring hiervoor schuilt in de verschillen in waarneming en in het gegeven dat de actor meer informatie heeft over zijn eigen situatie die anders benut kan worden.⁵⁹

De oorzaak van dit verschil in perceptie ligt waarschijnlijk bij het al (in par. 3.2) genoemde besef van (wetenschap over) de situatie; de waarnemer ziet de handelende persoon, de actor zelf ziet de omgeving, zodat het perspectief letterlijk verschilt. Als men die posities aanpast, bijvoorbeeld doordat de actor zichzelf in de spiegel kan zien of doordat de waarnemer geacht wordt zich in te leven in de actor (empathie op te bouwen), vermindert ook het verschil in attributie.⁶⁰ Nu echter recent het bestaan van deze ‘actor-observer’-vertekening als zodanig principieel ter discussie is gesteld, dient ook deze ‘aanpassing’ voorzichtig gehanteerd te worden.⁶¹

3.5 ‘Self-serving bias’

‘People are more likely to make self-attributions for positive than for negative outcomes’, aldus de ‘self-serving bias’.⁶² Een succes wordt vooral en eerder toegeschreven aan interne factoren (zoals iemands *ability* en *effort*), terwijl een falen wordt geattribueerd aan externe factoren, zoals de moeilijkheid van de taak, fouten van een ander en pech. Op deze wijze zal iemand zijn zelfvertrouwen en eigendunk op peil houden. Die persoon heeft daar dus belang bij.⁶³

Deze bias bestaat zodoende dus uit twee componenten. Ten eerste *self-defence*: de mens zoekt de oorzaak voor negatieve gebeurtenissen (falen) niet bij zichzelf. Ten tweede is er *self-enhancement*: de oorzaak van positieve uitkomsten (succes) wordt wel bij zichzelf gevonden.⁶⁴ Deze vertekening treedt overigens niet op als de ander iemand is met wie men een band voelt, men wil dan het positieve beeld van de ander in stand houden.⁶⁵

58 Zie hierover vooral Jones & Nisbett 1971, vooral p. 15; Nisbett et al. 1973, p. 154-164; Watson 1982, p. 682-700 en verder o.a. Vonk c.s. 2007, p. 207-208; Vonk c.s. 2003, p. 131-132; Van Koppen 2010, p. 19-20; Plous 1993, p. 181.

59 Zie bijv. Watson 1982, p. 683.

60 Vonk c.s. 2003, p. 132, en uitvoeriger Jones & Nisbett 1971, p. 5 e.v. en p. 9-10, alsmede bijv. Storms 1973; Regan & Totten 1975 en Galper 1976.

61 Zie Malle 2006, m.n. p. 907.

62 Plous 1993, p. 185; Vonk c.s. 2003, p. 137. Zie ook nog Vonk c.s. 2007, p. 131-134.

63 Zie Weiner 1986, p. 300 en Vonk c.s. 2003, p. 137.

64 Spiegelbeeldig aan dit intern attribueren van eigen succes en het extern attribueren van eigen falen, wordt succes van een ander juist extern en falen van een ander juist intern (aan die ander) toegedeeld.

65 Vonk c.s. 2003, p. 137.

Het bestaan van deze bias is echter fel bestreden en de strijd daarover is nog niet ten einde.⁶⁶ Wij moeten dus ook hier voorzichtig zijn. Bovendien mogen wij niet vergeten dat (ook) deze 'fout' ook begrijpelijk en functioneel is. Het steeds weer toeschrijven van fouten aan jezelf en succes aan externe factoren, zou immers verlamdend werken. Dan komt iemand tot helemaal niets meer op de lange duur.⁶⁷

3.6 Tussenconclusie

Er zijn meer vertekeningen of fouten te beschrijven die met attributie van doen hebben, zoals de *egocentric bias*: een persoon accepteert meer verantwoordelijkheid voor een gezamenlijke uitkomst dan de overige deelnemers aan deze persoon toeschrijven.⁶⁸ Denk echter ook aan *augmentation* (versterking), het omgekeerde van het eerder al genoemde *discounting principle*.⁶⁹ Daarbij wordt een faciliterende oorzaak voor bepaald gedrag (een oorzaak die de gedraging makkelijker maakt) als sterker gezien als er ook een remmende factor aanwezig is. Als je ondanks het ermee gepaard gaande verlies aan weelde toch een echtscheiding doorzet, dan moet het wel zo zijn dat je het thuis echt niet meer kan volhouden.⁷⁰ Verder noem ik slechts het *positivity effect*,⁷¹ de manier waarop wij met nieuwe informatie omgaan en de wijze waarop wij stereotypen benutten,⁷² evenals de recent geclaimde *sexual attribution bias*.⁷³ Ik ga daar verder aan voorbij, omdat het voorgaande al genoeg stof tot overdenking biedt. Welke van die al besproken vertekeningen of 'biases' is van invloed of zou van invloed kunnen zijn op (onze manier van omgang met) het recht, in het bijzonder de beslissingen die genomen worden bij causaliteitsvragen, en op welke wijze dan? En als die invloed er is, kunnen wij of moeten wij er dan iets aan doen, en zo ja, wat dan?

66 Zie daarover Ross & Anderson 1982, p. 133-135 en bijv. Duval & Silvia 2002, m.n. p. 49 en p. 57 (vooral de attributie bij een falen blijft onduidelijk).

67 Vonk c.s. 2003, p. 137-138 en p. 141.

68 Plous 1993, p. 185-186. Dat gebeurt ook voor onwenselijke (negatieve) uitkomsten, zoals het veroorzaken van een echtelijke ruzie.

69 Vonk c.s. 2003, p. 96-97; Vgl. ook Shaver 1985, p. 54-56 en Van Koppen 2010, p. 17. Bij 'discounting' wordt de rol van een oorzakelijke factor kleiner ingeschat als er andere faciliterende oorzaken aanwezig zijn.

70 Vonk c.s. 2003, p. 96-97. Of, maar dan veel speculatiever: als een toezichhouder als secundaire dader onvoldoende toezicht hield en er wordt schade geleden na een handeling van een ander, de primaire dader, dan moet die handeling wel heel sterk bepalend (heel causaal in de onderlinge weging tussen beide daders) voor de schade zijn geweest.

71 Plous 1993, p. 186.

72 Van Koppen 2010, p. 21-22.

73 Fösterling et al. 2007, p. 775-788.

4 TERUG NAAR DE JURIDISCHE AFWEGING

4.1 *Beslissen over causaliteit*

Nu zowel de juridische als de psychologische kijk op het thema ‘toeschrijven van oorzaken’, geschetst is, rijst de vraag hoe goed of slecht de aansluiting tussen de juridische en de psychologische wereld verzorgd is. Omdat met deze bijdrage in eerste instantie een juridische beschouwing over causaliteitsvragen beoogd is, verdicht die vraag zich naar wat de jurist – waarbij ik hierna met name uitga van het perspectief van de civiele rechter of van dat van de justitiabele – zou kunnen leren door het nieuw aangeboden perspectief ter harte te nemen.

Welnu, rechters hakken knopen door; het zijn mensen die beslissingen nemen en moeten nemen. En voordien al vragen de advocaten van de partijen, al procederend of nog schikkend, zich af wat de rechter waarschijnlijk zal gaan beslissen. Om dat te doen verplaatsen ze zich in die rechterlijke afweging. Bestaat er wel voldoende (bewijs voor) *condicio sine qua non*-verband of niet? Komt schadepost ‘zus-en-zo’ wel of niet voor vergoeding in aanmerking? Et cetera.

Mogelijke verstorende effecten of vertekeningen (‘biases’), van welke aard of soort dan ook, op beslissingen van mensen in zijn algemeenheid zijn daarmee ook ten zeerste relevant voor rechters en voordien al de betrokken advocaten. Deze ‘biases’ zouden, om tot juiste oordelen te kunnen komen, zo veel mogelijk uitgesloten moeten worden of ten minste verdisconteerd moeten worden in die zin dat men weet en er rekening mee houdt dat fouten gemaakt (kunnen) worden. Zo is bijvoorbeeld, los van de hier besproken attributietheorieën, gebleken uit Amerikaans onderzoek dat juridische leken die als juryleden dienen, minder snel tot aansprakelijkheid besluiten als de causale keten tussen ongeval en schade complexer is, meerdere ketens omvat, of wanneer er meer tijd verstrijkt tussen het gedrag en de schade, terwijl die factoren juridisch irrelevant zijn.⁷⁴ Uiteraard moet deze wijsheid ook door de Nederlandse rechter in acht genomen worden als deze een causale keten beoordeelt.

De ‘fouten’ van rechters en anderen die gerelateerd zijn aan de attributie van oorzaken aan personen of gebeurtenissen, zijn in dit verband eens te meer relevant omdat het privaatrecht bol staat van oordelen over causale relaties. Niet alleen in het tot nu toe centraal gestelde aansprakelijkheidsrecht als het om de vraag naar schadevergoeding gaat, maar ook daarbuiten, als bijvoorbeeld een beroep op dwaling ex artikel 6:228 BW gedaan wordt, of als de schijn van volmachtverlening wordt ingeroepen en de vraag rijst of er sprake is van een toedoen van de achterman (art. 3:61 lid 2 BW), wordt de rechter gevraagd causale relaties bloot te leggen en te beoordelen.

⁷⁴ Zie Johnson & Drobny 1985, p. 283 e.v.

De wijze waarop mensen attribueren, zoals hiervoor beschreven, zou ons moeten inscherpen dat rechters (en advocaten) als zij causale relaties beoordelen, regelmatig de fout kunnen en waarschijnlijk zullen ingaan. Let wel, dit is zeker geen verwijt aan de rechterlijke macht of de advocatuur, het betekent alleen dat rechters en advocaten menselijk en feilbaar zijn. Zulks betekent echter niet dat wij het daarbij kunnen of moeten laten. Wij zullen van die attributiefouten moeten leren, waar mogelijk.

4.2 *Aanwijzingen voor verbeterde regels of regeltoepassing?*

Inleiding

Wat wij aan dit soort fouten moeten en kunnen doen, is eenvoudig het volgende.⁷⁵ Wij zullen moeten trachten de ‘biases’ zo veel mogelijk uit te schakelen of in elk geval te verminderen; wij moeten aan ‘debiasing’ doen. En daarbij dienen wij dan tevens te bezien of daartoe eventueel andere of betere juridische regels nodig zijn dan de huidige. Daarbij richt ik mij in eerste instantie op de regels inzake causaliteit, maar soms zullen daarbij ook het (procesrechtelijke) systeem, andere leerstukken of andere regels betrokken zijn of moeten worden.

‘Debiasing’ de fundamentele attributiefout

De fundamentele attributiefout, de neiging om de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de verdere situatie) te onderschatten, zal er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat bij beoordelingen van causale relaties de beslisser, de rechter, een waarnemer, vooral naar de persoon die handelde zal kijken en dat de doorslag zal laten geven, en niet naar de situatie, de context. En dat kan nogal een verschil maken: lag het aan de eigenschappen van de persoon of aan de omgeving?⁷⁶

Deze fundamentele ‘fout’ kunnen wij echter omzeilen door goed (lees: beter) te letten op die context, bijvoorbeeld door aandacht te schenken aan ‘consensusinformatie’ (wat doen anderen?). In een dergelijk geval (als iedereen hetzelfde doet) is immers een verklaring die gebaseerd is op de kenmerken van de individuele, handelende persoon niet erg waarschijnlijk. Bovendien moeten wij ook op zoek gaan naar verborgen oorzaken, oorzaken die niet op de voorgrond staan, die niet ‘salient’ zijn.⁷⁷ Dat laatste gebeurt bijvoorbeeld als de waarnemer denkt dat de handelende persoon verborgen motieven heeft. Wij gaan in dergelijke gevallen beter nadenken over het gedrag en dan wordt de vertekening minder

⁷⁵ De vraag of vervolgens de wetgever of de rechter zou moeten optreden, laat ik hier rusten. Volgens Rachlinski 2006, p. 159 e.v., hangt zulks steeds van de omstandigheden af.

⁷⁶ Zo ook Plous 1993, p. 183.

⁷⁷ Plous 1993, p. 187 en p. 188.

scherp. Langer en harder nadenken kan de attributiefout reduceren en de vooraf bekende voorwaarde dat de gemaakte keuzes verantwoord moeten worden, is in staat om deze attributiefout te voorkomen.⁷⁸ Dat is ook het geval als wij ons concentreren op de situatie en niet op de persoon, maar dat kan dan wel weer doorschieten de andere kant op.⁷⁹

Het focussen op en nadenken over de zaak in zijn geheel, zowel de situatie als de actoren,⁸⁰ kan mijns inziens worden gestimuleerd door in te bouwen dat de rechterlijke aandacht verspreid wordt, door dus te stimuleren dat andere mogelijke oorzaken ook een plek krijgen. Precies dat is wat mijns inziens te bereiken is (omdat men dan inderdaad meerdere oorzaken in ogenschouw neemt) door technisch-juridisch gezien uit te gaan van de leer van de proportionele aansprakelijkheid zoals die op het terrein van bijvoorbeeld de asbestaansprakelijkheid tegenwoordig in Nederland⁸¹ geldend recht is, en elders in elk geval bediscussieerd wordt.⁸² Daarmee worden immers alle in dat geval bekende mogelijke causale bijdragen (zowel blootstelling aan gevaarlijke stoffen als asbest, maar ook roken en de bekende omgevingsfactoren en omgevingsrisico's, etc.) noodzakelijkerwijs, omdat ze deel uitmaken van die weging, in de afweging betrokken, zodat de aandacht verspreid moet worden over meerdere oorzaken die elk een plek moeten krijgen. De rechter zal dus grondig moeten nadenken over de causale weging van al die factoren en dat voorkomt of verkleint allicht attributiefouten.⁸³

Los van dit – toegegeven – nogal speculatieve idee, geldt hier nog het volgende. De rechter die causale verbanden beoordeelt, zal moeten trachten om verder te kijken dan zijn neus lang is om de situatie en niet alleen de persoon te bezien. Dat civiele procedures veelal schriftelijk afgewikkeld worden, en in elk geval in eerste instantie op papier 'kleur' krijgen, kan daarbij een voordeel zijn, omdat de actor zelf minder de aandacht van de waarnemer (de rechter) zal trekken via dat papier. Dat maakt wellicht een 'betere' (minder extreme) afweging van het geheel mogelijk. Lukt dat niet en krijgen de dispositionele fac-

78 Zie hierna, en voor nu al Tetclock 1985, p. 232 en p. 233.

79 Vonk c.s. 2003, p. 128-130; Vonk c.s. 2007, p. 206; Harvey et al. 1981, p. 347.

80 Over de noodzaak daartoe ook expliciet Giard 2011, p. 475.

81 Zie HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*) en de vele commentaren daarop, waaronder Giesen 2008, steeds met vele verwijzingen naar eerdere studies over het fenomeen van de proportionele aansprakelijkheid, alsmede inmiddels ook de (vervolg)arresten HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), HR 14 december 2012, LJN: BX8349 (*Nationale-Nederlanden/X.*), en HR 21 december 2012, LJN: BX7491 (*Deloitte/He&H Beheer*), waaruit bijv. blijkt dat proportionele aansprakelijkheid ook mogelijk is in zaken rondom medische aansprakelijkheid, hoewel terughoudendheid hiermee volgens de Hoge Raad gepast is. Dat laatste zou uiteraard ten onrechte het uitgangspunt zijn als uitgegaan wordt van de hier ontvouwde gedachte. Los daarvan: 'andere mogelijke oorzaken' krijgen ook een plek als bijvoorbeeld beslist moet worden over de verdeling van de draagplicht tussen meerdere hoofdelijk aansprakelijke partijen en soortgelijke gevallen.

82 Zie over (de discussie over) proportionele aansprakelijkheid buiten Nederland bijv. art. 3:103 van de Principles on European Tort Law (PETL); Kadner Graziano 2008, p. 1022 e.v.; Taupitz 2007, p. 1231 e.v.; Green 2005, p. 352 e.v.

83 Een additionele valkuil is dan wel nog dat de rechter bij de afweging op grond van art. 6:98, 101 en 102 BW ook de mate van schuld mag betrekken. Zie ook hierna.

toren toch te veel gewicht,⁸⁴ dan kan zich dat manifesteren in een ten onrechte aannemen van een te grote mate van verwijtbaarheid – één van de toerekeningsfactoren – met een te ruime toerekening in de zin van artikel 6:98 BW als mogelijk gevolg. Hiermee is overigens niet gezegd dat deze regel onjuist is – er valt voldoende te zeggen voor de gedachte om strenger te zijn als iemand meer te verwijten valt – maar wel dat de toepassing ervan in de gaten moet worden gehouden.

Ook voor zover er over eigen schuld⁸⁵ gesproken wordt, kan dit alles doorwerken, want bij die beoordeling worden immers op grond van artikel 6:101 BW de causale bijdragen van beide partijen (dader en slachtoffer) tegen elkaar afgewogen – hetgeen mis kan gaan als de actor te veel aandacht krijgt. Daarna kan die juridische causaliteitsweging nog ‘gecorrigeerd’ worden door op de mate van verwijtbaarheid te letten. Ook dat is dus een valkuil. Wat hierbij zeker niet helpt, is dat de Hoge Raad in Nederland de lagere rechter een ruime beslissingsmarge heeft gegeven, gekoppeld aan zeer beperkte motiveringseisen omdat het hier een intuïtieve⁸⁶ afweging zou betreffen.⁸⁷ Hetzelfde kan overigens gezegd worden over het Engelse recht, omdat daar eenzelfde vorm van ‘leniency’ te ontwaren valt als het gaat om de motivering van (immers: feitelijke) vonnissen.⁸⁸

Dit gebrek aan noodzaak om de uitkomst werkelijk te motiveren, zal in elk geval niet tot meer nadenken en langduriger afwegen leiden, en juist dat zou vanuit psychologisch oogpunt wenselijk zijn. Beter nadenken kan de fundamentele attributiefout reduceren, en de (vooraf bekende) noodzaak van het moeten afleggen van verantwoording (uitleggen of verklaren van een gemaakte keuze), zo is gebleken, kan deze voorkomen.⁸⁹ De motivering maakt de gemaakte keuze immers transparant. Omdat deze gedachte tegelijk met zich brengt dat de motivering aan een hoge(re) standaard zal moeten voldoen, lijkt hier een correctie van dat deel van de huidige jurisprudentiële lijn in de rede te liggen. Dat zou alleen anders zijn wanneer de rechterlijke macht geen of veel minder attributiefouten zou

84 Dat kan bijvoorbeeld gebeuren doordat de civiele rechter de partijen meestal maar een enkele maal daadwerkelijk ziet, bij comparitie dan wel bij pleidooi, vgl. art. 134 jo. 131 Rv. Er is dus weinig ervaring met deze partijen en dus ook weinig informatie, waarna het attribueren fout gaat, vgl. Van Koppen 2010, p. 19.

85 Daarover art. 6:101 BW, alsmede par. 254 German Civil Code; Section 1(1) of the Law Reform (Contributory negligence) Act 1945; Art. 5:102 PEL Liab.Dam.; Art. 8:101 en Art. 3:106 PETL, en de rechtsvergelijkende overzichten in Von Bar 2009, Chapter 5, Art. 5:102, Comments and Notes (p. 808 e.v.); Van Dam 2006, no. 1212-1215; Van Gerven e.a. 2000, 689-728. Zie ook Viney/Jourdain 2006, no. 425-1 e.v., over het Franse recht dat geen specifieke bepaling in de Code kent; aldaar zijn wel art. 3-5 van de *Loi Badinter* (Loi no. 85-677; over verkeersaansprakelijkheid) van enorm gewicht.

86 Over het belang daarvan als het gaat om rechterlijke beslissingen: Van Rossum 2010.

87 Zie Asser-Hartkamp 2009, nr. 124, en o.a. HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214 (*Chan-a-Hung/Maalsté*), rov. 3.7.4.

88 Zie Rogers 2006, p. 332, die stelt: ‘The judges give little by way of reason for their assessments’, omdat de kwestie ‘is commonly treated as a matter of fact’.

89 Zie over dat laatste vooral Tetclock 1985, m.n. p. 232 en p. 233. Als iemand genoopt wordt om verantwoording over een keuze af te leggen, vermindert dat de attributiefout. Dat is vooral het geval als tevoren bekend is dat zulks nodig is. Rechters weten, uiteraard, alvorens zij tot hun beslissing komen dat op enig moment een motivering nodig is (vgl. art. 30 Rv).

maken, maar er bestaan mijns inziens geen aanwijzingen om zulks te veronderstellen.⁹⁰ Nader onderzoek inzake die specifieke kwestie zou echter gewenst zijn.

Omgaan met de gecodificeerde defensieve attributie ‘bias’

De ‘bias’ van defensieve attributie kan in stelsels waarin er nog juryrechtspraak⁹¹ bestaat, benut (om niet te zeggen: misbruikt) worden door ervoor te zorgen en te benadrukken dat de juryleden en de eisende partij bij bijvoorbeeld een verkeersongeval veel gelijkenis vertonen. Een jury van vroegere verkeersslachtoffers is in een dergelijk geval nastrevenswaardig voor het slachtoffer in die zaak. Die juryleden zullen hun vroegere ongeluk niet aan zichzelf toeschrijven en dus ook niet dit ongeval aan dit slachtoffer.⁹² Voor de tegenstrever en de maatschappij als geheel ligt het met die ‘wenselijkheid’ qua jury-opbouw uiteraard anders.

Ons Nederlandse systeem met beroepsrechters werkt echter niet op deze wijze. Hier zal ervoor gewaakt moeten worden dat er geen ‘vereenzelviging’ plaatsvindt tussen een procespartij en de rechter (uit hetzelfde milieu, dezelfde maatschappelijke achtergrond?), waardoor die rechter wellicht milder wordt ten opzichte van die partij als het om diens causale bijdrage gaat. De rechter moet onpartijdig en onafhankelijk zijn, zeggen wij dan, en daarom zijn er waarborgen opgenomen in het systeem. Mijn inschatting is overigens dat ook door de veelal verplichte tussenkomst van advocaten aan beide zijden veel onheil voorkomen wordt. Immers, de rechters kunnen en zullen ten opzichte van beide advocaten een zekere gelijkheid ervaren (dezelfde studie, op zijn minst), zodat enig effect daarvan ‘gedeeld’ wordt door beide partijen.

Daarnaast en vooral zal de rechter echter moeten oppassen in die (schijnbaar veilige) situaties waarin er geen situationele en persoonlijke gelijkenis is tussen hemzelf en de procespartijen. Immers, de in dergelijke gevallen waarschijnlijk als eenvoudigweg aanwezig veronderstelde onbevangenheid van de rechter, is dan niet zonder meer present. In die gevallen wordt er immers meer verantwoordelijkheid toegeschreven aan de actor als de ernst van de gevolgen groter is, zodat de kans bestaat dat de causale gevolgen van een onzorgvuldige handeling dan te zeer (te ruim toegerekend) aan de laedens worden toegeschreven als het inderdaad een serieuze onzorgvuldigheid met serieuze gevolgen betreft.

In wezen is dat overigens precies wat geaccordeerd is door de Nederlandse wetgeving en rechtspraak. Daarin is immers toegestaan dat de toerekening van schade en schadeposten aan de aansprakelijke persoon afhankelijk is van de aard van de schade, waarbij die toere-

90 Immers, rechters (en advocaten) nemen beslissingen in onzekerheid en daarbij worden nu eenmaal fouten gemaakt, omdat ook zij onder invloed van diverse *biases* staan, vgl. Giesen 2005a, p. 92, noot 290. Zie nog over dit thema in breder verband Van Koppen & De Keijser 2010, p. 861 e.v., alsmede Wagenaar, Crombag & Israëls 2010, p. 875 e.v. Echter, harde cijfers die aantonen dat Nederlandse civiele rechters als specifieke groep inderdaad (veel) attributiefouten maken, ken ik ook niet.

91 Daarover Feigensohn 1995; Greene e.a. 2002, en Wayte e.a. 2002, p. 348 e.v.

92 Hans & Dee 2002-2003, p. 1115-1117.

kening dan ruimer mag geschieden als er letselschade is (letsel wordt als een ernstiger gevolg gezien, hetgeen tot ruime toerekening noopt, zie par. 2.1). Ruimer toerekenen mag naar geldend recht dus ook als de daadwerkelijke oorzaak verder dezelfde is als bij een vergelijkbare gebeurtenis zonder letsel.⁹³ *Defensive attribution* is zodoende als het ware gecodificeerd in ons aansprakelijkheidsrecht. Op indirecte wijze wordt dat effect vervolgens nog versterkt door de regel inzake de ruime toerekening van schade bij de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, omdat het daarbij ook om letselschade en dus ernstige gevolgen gaat. Opnieuw wordt de rechter dus uitgenodigd om inzake het toeschrijven van oorzaken aan gedragingen een vertekening te benutten.

Let wel: de huidige regels inzake toerekening zijn (ook hier) daarmee niet opeens onjuist, want vanuit normatieve overwegingen (bijvoorbeeld: harder ‘straffen’ bij ernstiger gevolgen; het beginsel van volledige schadevergoeding) kunnen deze regels zeer wel geïndiceerd en rechtvaardig zijn. Ik spreek mij dus verder ook niet uit voor of tegen de juistheid van die (overigens op juridische vlak breed gedragen) regels. Wel wil ik opwerpen om, gegeven het voorgaande, bij de concrete toepassing van die regels met extra voorzichtigheid te werk te gaan, en zo nu en dan de vraag te stellen of de toerekening niet té ver gaat. Gelukkig is ook dat één van de factoren binnen de afweging van artikel 6:98 BW.

Actor en waarnemer: empathische rechters

Zoals besproken, bestaat er een verschil in attributie afhankelijk van de vraag of het om het gedrag van een ander of het gedrag van de actor zelf gaat. Als nu een waarnemer (ten dele) de positie van de actor inneemt, doordat deze zich verplaatst in die ander (ofwel: empathie toont), dan verdwijnt het verschil in attributie. Het gedrag van de ander, de actor, wordt dan door de waarnemer vaker toegeschreven aan de omgeving (externe attributie, net zoals de actor dat zelf zou doen) dan het geval is bij attributie van het gedrag van een reguliere ander, iemand die men gewoon observeert.⁹⁴ De fundamentele attributiefout wordt daarmee dus ingeperkt.⁹⁵

Ook dit kan voor de juridische beoordeling van belang zijn. Immers, zo blijkt, als de waarnemer (lees: de rechter) zich moet of wil en kan inleven, en er dus empathie is, zal deze meer oog hebben voor de omgeving als causale factor. Dat verkleint de vertekening van de fundamentele attributiefout (het gedrag te veel toeschrijven aan persoonskenmerken, dispositionele factoren). Op het eerste gezicht leidt dat wellicht tot een evenwichtiger beoordeling van ieders causale bijdrage. Dat de rechter zich tot op zekere hoogte zal inleven in de situatie van de aangesprokene, kan derhalve geen kwaad, zo lijkt het. Ook hier (vgl.

⁹³ Denk bijv. aan twee gevallen waarin het door een ruit schoppen van een bal door spelende jongens in het eerste geval tot letsel leidt en in het tweede geval niet. De toerekening is dan ruimer in het eerste geval, terwijl er qua causale relatie (oorzaak en gevolg) in wezen hetzelfde geschiedt.

⁹⁴ Zie par. 3.4; Regan & Totten 1975, en Vonk c.s. 2003, p. 132.

⁹⁵ Men moet overigens voorzichtig zijn bij het koppelen van beide vertekeningen, aldus Malle 2006, p. 896.

al par. 4.2.2) geldt dan weer dat er daardoor, naar het zich laat aanzien, beter, langer en meer zal worden nagedacht. Empatische rechters lijken dus evenwichtiger te oordelen.⁹⁶

De ‘self-serving bias’ en de acceptatie van negatieve uitkomsten

Ook de hiervoor besproken *self-serving bias* heeft in potentie gevolgen die kunnen doorwerken op juridisch vlak. Immers, de toerekening van een schade of schadepost aan de dader zal door die dader niet steeds voldoende begrepen worden. Ten gevolge van deze vertekening zal deze dader een negatieve uitkomst van bepaald handelen (schade) namelijk niet snel aan zichzelf toeschrijven. Hij zal die uitkomst dan ook op zijn best moeizaam accepteren, omdat die niet strookt met zijn eigen beeld.⁹⁷

De civiele rechter kan die ‘acceptatie’ door de aangesprokene uiteraard afdwingen, in die zin dat deze een executoriale titel verstrekt aan de wederpartij via zijn vonnis, maar deze ‘bias’ zal waarschijnlijk wel voordien al de onderhandelingen over de afwikkeling bemoeilijkt hebben.⁹⁸ Bovendien kan deze ‘bias’ er na die rechterlijke uitspraak toe leiden dat de aangesprokene eerder hoger beroep zal willen instellen.

Deze fout tegen kunnen gaan, zou gezien het voorgaande prettig zijn – meer buitengerechtelijk afwikkelen en minder hoger beroep bespaart de partijen kosten⁹⁹ en de rechterlijke macht veel werk – maar is erg lastig. *Debiasing* kan op zich wel, omdat de *self-serving bias* minder sterk is als er een band bestaat met de ander, maar in het aansprakelijkheidsrecht is juist dat nu typisch niet het geval. Mensen kennen elkaar niet voordat het ongeval ze bijeen brengt. Achteraf de partijen alsnog een band laten opbouwen, lijkt dan echter een verstandige zet. Dat zal de onderlinge acceptatie niet verslechteren en wellicht zelfs ten goede komen. Wellicht is dat ook de reden waarom mediation, indien eenmaal gestart, vaak goed uitpakt.

4.3 Tussenconclusie

In het voorafgaande is voor een beperkt aantal situaties getoond hoe de eerder besproken attributiefouten zouden kunnen doorwerken op juridisch vlak en hoe daar vervolgens eventueel mee omgegaan zou kunnen (of moeten) worden. Daarmee is zeker niet het

⁹⁶ Over dat thema reeds eerder Giesen 2003, p. 39 e.v. (met reactie Kerkmeester op p. 45 e.v.). Hierbij verdient nog opmerking dat de rechter zich natuurlijk, en dat is meteen het lastige deel van zijn werk, niet te veel mag ‘vereenzelvigen’ met het slachtoffer, want dat kan er dan weer toe leiden dat de bijdrage van het slachtoffer juist te zeer onderschat wordt.

⁹⁷ Daar komt dan nog bij dat door de ‘actor-observer bias’ (zie par. 3.4) tussen partijen een verschil van mening kan ontstaan over de interpretatie van een gebeurtenis zoals een verkeersongeval, vgl. Wilson et al. 1997, p. 710.

⁹⁸ Uitvoerig daarover Babcock & Loewenstein 2000, p. 355 e.v.

⁹⁹ Zie Babcock & Loewenstein 2000, p. 362. Eerdere ervaring met onderhandelingen doet de *bias* niet teniet (p. 362-363 en p. 367).

laatste woord gesproken. Naast dat alles had er bijvoorbeeld ook nog op gewezen kunnen worden dat personen in sterkere mate verantwoordelijk worden geacht als er sprake is van opzettelijk gedrag.¹⁰⁰ Die gedachte past op zichzelf erg goed in ons huidige causaliteitsdenken, waarbij de mate van verwijtbaarheid (opzet duidt op een grote mate van verwijtbaarheid) een rol speelt bij de toerekening in de zin van artikel 6:98 BW. Die subregel (het betreft hier één van de factoren in de causale toerekening) lijkt wat dat betreft dus prima in elkaar te steken, al schuilt er ook een mogelijk gevaar in dezelfde overweging (zie par. 4.2.2). Dat laatste is nog van belang: psychologie en rechtsregels op elkaar afstemmen is al niet eenvoudig, maar als er krachten (vertekeningen) tegendraads werken, wordt het nog lastiger. Het eventueel te behalen voordeel is echter van dien aard dat het de moeite waard is om wel een poging te doen.

5 HET EFFECT VAN ATTRIBUTIE OP HET BEOOGDE GEDRAGSEFFECT?

Alvorens deze bijdrage afgerond wordt, dient nog één algemeen punt aan de orde te komen. In paragraaf 2.2 kwam al aan bod dat het aansprakelijkheidsrecht (en dus de causaliteitsregels daarbinnen) beoogt om de potentiële dader te weerhouden van het schadelijke handelen teneinde zo de schade voor een ander te voorkomen. Ik ben er ook van uitgegaan dat die zogenoemde preventieve werking aanwezig is, tot op zekere hoogte tenminste.¹⁰¹ Uit de voorgaande psychologische beschouwing kan mijns inziens, naast het voorgaande, ook afgeleid worden dat de attributietheorie, de gedachten over hoe mensen oorzaken toeschrijven aan personen of gebeurtenissen, wezenlijk is voor de beantwoording van de vraag of dat beoogde gedragseffect van het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk wel kan bestaan en bestaat. Dat zit als volgt.

Als de actor (hier: de laedens, de aangesprokene) de oorzaak voor een bepaalde gebeurtenis (het schadeveroorzakende voorval) aan zichzelf toeschrijft, als hij deze gebeurtenis dus *intern* attribueert, en als hij dat doet met het (onbewuste) doel om te leren van eerdere ervaringen (dat is één van de redenen waarom personen attribueren, zie par. 3.1), dan zal, zo kan men mijns inziens concluderen, die actor in de toekomst voorzichtiger handelen (speciale preventie). En als hij dan vervolgens zijn verhaal vertelt aan zijn omgeving, zal dat vervolgens ook een zekere generieke preventieve werking kunnen hebben, zo veronderstel ik.¹⁰² Hoewel (en omdat) hier dus de wijze van attributie (intern) het leer-effect en de preventie bepaalt, en het aansprakelijkheidsrecht daaraan dus niet bijdraagt (het heeft er in wezen ook niet direct iets mee van doen), kan in dit geval het beoogde

100 Vonk c.s. 2003, p. 88.

101 Zie in het algemeen over preventie ('deterrence') en psychologie: Darley e.a. 2002.

102 De empirische onderbouwing van die veronderstelling zou echter onderzocht moeten worden.

gedragseffect van het aansprakelijkheidsrecht wel in potentie (doch langs andere weg) bereikt worden, omdat een leereffect op zich bereikbaar is.¹⁰³

Als echter de gebeurtenis door de actor wordt toegeschreven aan een andere persoon of de situatie ter plekke ten tijde van de gebeurtenis, bij *externe* attributie derhalve, zal de actor ook menen dat hij zelf ‘vrijuit’ gaat waar het om de schadeveroorzaking gaat en is er geen reden om zijn gedrag in de toekomst aan te passen, om voorzichtiger te handelen. Het beoogde gedragseffect zal zich dan niet manifesteren en daar zal het aansprakelijkheidsrecht vervolgens niets aan (kunnen) veranderen. Dat aansprakelijkheidsrecht werkt niet preventief, omdat (sterkere) attributiemechanismen het mogelijke leereffect bij voorbaat voorkomen of tenietdoen.

Koppelen wij dit alles aan de notie dat personen geneigd zijn om eerder aan een ander persoon (en niet aan zichzelf) te attribueren als het gedrag in kwestie ernstiger gevolgen heeft (*defensive attribution*, par. 3.3) en vooral aan de gedachte dat een succes intern wordt geattribueerd terwijl een falen extern wordt geattribueerd (par. 3.5, de *self-serving bias*), dan ligt de conclusie voor de hand dat schadeveroorzakend gedrag – vaak gedrag met ernstige gevolgen en gedrag dat als falen bestempeld zal moeten worden – tot externe attributie zal leiden, en dus het beoogde gedragseffect zal missen. Men zal dus het eigen gedrag ‘goedpraten’ en er weinig of niets van willen opsteken.

Het belang van die conclusie is groot. De hier ontvouwde gedachte vormt mijns inziens een mogelijke verklaring voor het vaak geopperde ontbreken van preventieve werking als het om het aansprakelijkheidsrecht gaat. Wanneer mensen schadevoorvallen extern attribueren hebben deze geen didactisch effect. Die attributie is te sterk; het aansprakelijkheidsrecht kan er niet tegenop.¹⁰⁴ Eerdere voorvallen leiden dus niet tot preventie van schade. De twijfel die er over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht bestaat, vindt hierin dus bevestiging. Overigens is hiermee natuurlijk niet de kwantitatieve omvang van het gebrek aan preventieve werking vastgesteld.

Deze verklaring wordt mijns inziens nog sterker als wij hierbij tevens betrekken het onderscheid dat in de literatuur regelmatig gemaakt wordt tussen preventieve werking voor zover het gaat om *one-shotters*, te weten de particulier, de consument die slechts sporadisch met het aansprakelijkheidsrecht in aanraking komt, of om *repeat players*, zoals

103 Overigens is het lastig om hier harde(re) uitspraken te doen, omdat de invloed van zogenoemde ‘consensus-informatie’ op de attributie niet evident is, zie par. 3.1.

104 Dat is wellicht anders (maar ik speculeer in deze noot) indien de schadevergoeding die volgt op het onzorgvuldige gedrag zo stevig is dat iemand er alsnog van leren zal (het aansprakelijkheidsrecht draagt dan dus bij aan het bewustzijn t.a.v. de attributiefout), maar waar dat punt bereikt wordt, is onduidelijk, als het al haalbaar is. Gezien de bestaande mate van verzekeringsdekking en het feit dat de dader dus meestal niet direct zal voelen dat er betaald moet worden, is het ‘alsnog-leereffect’ van het aansprakelijkheidsrecht m.i. erg klein te achten. Bovendien, als iemand extern attribueert en alsnog betalen moet, zal dat als een onterechte ‘straf’ voelen. Ook dat zal m.i. niet bijdragen aan het leermoment.

ondernemingen die in hun beslissingen aansprakelijkheidsvragen meenemen.¹⁰⁵ In dat tweede geval wordt blijkens die literatuur meer waarde toegekend aan de afschrikkende werking van aansprakelijkheid. Dat beeld strookt in zoverre met het voorgaande dat verwacht mag worden dat de eerste groep (de *one-shotters*) meer extern zal attribueren, omdat het dan om hun eigen persoonlijke gedrag gaat, en dus om iemands zelfbeeld, terwijl bij de tweede groep (de ‘geïnstitutionaliseerde’ gedaagden) de gemaakte fout binnen de organisatie eerder intern te attribueren valt omdat het niet een individueel persoon betreft die dan zichzelf onzeker maakt. De organisatie als geheel, de onderneming en niet een specifiek individu, neemt ‘de schuld’ op zich, wijst zichzelf als de oorzaak aan. Ook mag men verwachten dat die organisatie sowieso meer rationeel handelen zal, en er meer aan gelegen zal zijn om te leren van fouten in het verleden, bijvoorbeeld ook om financiële redenen, zodat deze organisatie eerder dan een individu intern zal willen attribueren. Om geen misverstanden te laten bestaan, deze laatste verwachting is een verklaring die niet bevestigd wordt door zelfstandig psychologisch onderzoek, althans niet voor zover ik heb kunnen nagaan, en dient dan ook in dat licht te worden gezien.

6 AFRONDING

Het doel van deze bijdrage was te inventariseren of attributie als psychologisch fenomeen past bij de notie van causale toerekening in juridische zin, en zo nee, in hoeverre beide concepten dan alsnog passend te maken zijn. De conclusie luidt dat beide concepten niet zonder meer passend zijn. Derhalve is het nodig om beslissingen over causaliteitsvragen voorzichtig te nemen, om daarbij te trachten rekening te houden met de lessen uit de attributietheorie. Naast diverse specifieke aanwijzingen voor verbeteringen, is in elk geval ook duidelijk geworden dat meer en langer nadenken over de juridische vragen als deze zich voordoen, tot betere antwoorden zal leiden.¹⁰⁶ Dat is een waardevolle les.

Een veel algemenere en ook niet onbelangrijke les uit het voorgaande is verder dat de veel besproken preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (ten dele) niet te bereiken lijkt te zijn, omdat attributiemechanismen daaraan mogelijk in de weg staan waardoor personen bepaalde gebeurtenissen vooral extern toeschrijven. Dat heeft dan weer tot gevolg dat de op zich aanwezige opvoedende waarde van het aansprakelijkheidsrecht niet volledig doordringen kan en geen of te weinig invloed zal uitoefenen.

Het bredere idee achter deze bijdrage lag besloten in de zeer algemene vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht zou moeten omgaan met de resultaten die in de psychologie bereikt zijn. Ik meen dat het voorgaande opnieuw¹⁰⁷ heeft laten zien dat er zoveel te leren is uit

¹⁰⁵ Zie vooral Van Boom 2006, alsmede Giesen 2005b, p. 148-149, met verdere verwijzingen.

¹⁰⁶ Vgl. ook Babcock & Loewenstein 2000, p. 362: ‘considering the opposite’ leidt tot ‘debiasing’.

¹⁰⁷ Zie reeds Giesen 2005a, en vgl. Van Rossum 2010, p. 2472.

psychologisch onderzoek, dat de koppeling tussen beide terreinen vaker gelegd zou moeten worden. Daar wordt een jurist wellicht geen betere jurist van, maar daardoor wordt het (aansprakelijkheids)recht wel beter recht.

LITERATUUR

Asser-Hartkamp-Sieburgh 2009

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6: Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, 2^e Gedeelte, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2009.

Asser-Hartkamp-Sieburgh 2011

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6: Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2011.

Babcock & Loewenstein 2000

L. Babcock & G. Loewenstein, 'Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-serving Biases', in: C.R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law and Economics*, New York: Cambridge UP 2000, p. 355-373.

Von Bar 2009

C. von Bar, *Principles of European Law. Non-Contractual Liability arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam)*, Oxford: OUP 2009.

Barendrecht 2004

J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat', in: W.H. van Boom & M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: BJu 2004, p. 55-87.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, 'Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?', in: *Festkrift till Bill W. Dufwa – Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa. Volume I*, Stockholm: Jure 2006, p. 287-293.

Burger 1981

J.M. Burger, 'Motivational Biases in the Attribution of Responsibility for an Accident: A Meta-Analysis of the Defensive-Attribution Hypothesis', *Psychological Bulletin* 1981, Vol. 90, No. 3, p. 496-512.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2000.

Van Dam 2006

C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: OUP 2006.

Darley e.a. 2002

J. Darley, S. Fulero & C. Haney et al., 'Psychological Jurisprudence', in: J.R.P. Ogloff, *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, New York: Kluwer 2002, p. 37 e.v.

Duval & Silvia 2002

Th.S. Duval & P.J. Silvia, 'Self-Awareness, Probability of Improvement, and the Self-Serving Bias', *Journal of Personality and Social Psychology* 2002, Vol. 82, No. 1, p. 49-61.

Engelhard 2003

E.F.D. Engelhard, *Regres*, Deventer: Kluwer 2003.

Farnsworth 2007

W. Farnsworth, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: The University of Chicago Press 2007.

Fösterling et al. 2007

F. Fösterling et al., 'Ability, Luck, and Looks: An Evolutionary Look at Achievement Ascriptions and the Sexual Attribution Bias', *Journal of Personality and Social Psychology* 2007, Vol. 92, No. 5, p. 775-788.

Galper 1976

R.E. Galper, 'Turning Observers into Actors: Differential Causal Attributions as a Function of "Empathy"', *Journal of Research in Personality* 1976, 10, p. 328-335.

Gawronski 2004

B. Gawronski, 'Theory-based bias correction in dispositional inference: The fundamental attribution error is dead, long live the correspondence bias', *European Review of Social Psychology*, 2004, 15, p. 183-217.

Van Gerven e.a. 2000

W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 2000.

Giard 2010

R. Giard, 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *Letsel & Schade* 2010, nr. 2, p. 6-12.

Giard 2011

R. Giard, "'Dit had niet hoeven gebeuren". De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout voor het CSQN-verband', *NTBR* 2011/9, p. 471-478.

Giesen 2003

I. Giesen, 'Rechtspraak is mensenwerk', *Recht der Werkelijkheid* 2003/1, p. 39-44.

Giesen 2005a

I. Giesen, *Handle with care!*, Den Haag: BJu 2005.

Giesen 2005b

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2008

I. Giesen, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 53 e.v.

Green 2005

M.D. Green, 'The future of Proportional Liability: the Lessons of Toxic Substances Causation', in: M. Stuart Madden, *Exploring Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 352 e.v.

Greene et al. 2002

E. Greene et al., 'Jurors and Juries', in: J.R.P. Ogloff, *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, New York: Kluwer 2002, p. 240 e.v.

Hamilton 1988

D.L. Hamilton, 'Causal attribution viewed from an information-processing perspective', in: D. Bar-Tal & A.W. Kruglanski, *The social psychology of knowledge*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 359-385.

Hans & Dee 2002-2003

V.P. Hans & J. Dee, 'Whiplash: Who's to Blame?', 68 *Brook. L. Rev.* 2002-2003 1093.

Harvey et al. 1981

J.H. Harvey et al, 'How Fundamental is "The Fundamental Attribution Error"?', *Journal of Personality and Social Psychology* 1981, Vol. 40, No. 2, p. 346-349.

De Hoon 2008

M.W. de Hoon, 'Schuld in het contractenrecht', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 129 e.v.

Johnson & Drobny 1985

J.T. Johnson & J. Drobny, 'Proximity Biases in the Attribution of Civil Liability', *Journal of Personality and Social Psychology* 1985, Vol. 48, No. 2, p. 283-296.

Jones & Nisbett 1971

E.E. Jones & R.E. Nisbett, *The Actor and the Observer: Divergent Perceptions on the Causes of Behavior*, Morristown NJ: General Learning Press 1971.

Kadner Graziano 2008

Th. Kadner Graziano, 'Loss of a Chance in European Private law', *European Review of Private Law* 2008, p. 1022 e.v.

Van Koppen 2010

P.J. van Koppen, 'Krijgen wat je verdient', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*, Kluwer: Deventer 2010, p. 15-30.

Van Koppen & De Keijser 2010

P.J. van Koppen & J.W. de Keijser, 'Beslissende rechters', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010, p. 861-873.

Kötz/Wagner 2010

H. Kötz & G. Wagner, *Deliktsrecht*, 11th ed., München: Verlag Franz Vahlen 2010.

Malle 2006

B.F. Malle, 'The Actor-Observer Asymmetry in Attribution: A (Surprising) Meta-Analysis', *Psychological Bulletin* 2006, Vol. 132, No. 6, p. 895-919.

Mantler et al. 2003

J. Mantler et al., 'Attributions for Serious Illness: Are Controllability, Responsibility, and Blame Different Constructs?', *Canadian Journal of Behavioural Science* 35:2, 2003, p. 142-152.

McArthur 1972

L.A. McArthur, 'The How and What of Why?', *Journal of Personality and Social Psychology* 1972, Vol. 22, No. 2, p. 171-193.

Nisbett et al. 1973

R.E. Nisbett et al., 'Behavior as Seen by the Actor and as Seen by the Observer', *Journal of Personality and Social Psychology* 1973, Vol. 27, No. 2, p. 154-164.

Nisbett et al. 1982

R.E. Nisbett et al., 'Popular induction: Information is not necessarily informative', in: D. Kahneman et al. (eds.), *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982 (reprint 2001), p. 101-116.

Pettigrew 1979

Th.F. Pettigrew, 'The Ultimate Attribution Error: Extending Allport's Cognitive Analysis of Prejudice', *Personality and Social Psychology Bulletin* 1979, Vol. 5, no. 4, p. 461-476.

Plous 1993

S. Plous, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, New York: McGraw-Hill 1993.

Rachlinski 2006

J.J. Rachlinski, 'Bottom-up versus Top-down Lawmaking', in: G. Gigerenzer & C. Engel, *Heuristics and the Law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 159-173.

Reeder 1982

G.D. Reeder, 'Let's Give the Fundamental Attribution Error Another Chance', *Journal of Personality and Social Psychology* 1982, Vol. 43, No. 2, p. 341-344.

Regan et al. 1974

D.T. Regan et al., 'Liking and the Attribution Process', *Journal of Experimental Social Psychology* 1974, 10, p. 385-397.

Regan & Totten 1975

D.T. Regan & J. Totten, 'Empathy and Attribution: Turning Observers into Actors', *Journal of Personality and Social Psychology* 1975, Vol. 32, No. 5, p. 850-856.

Rogers 2006

W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 17th ed., London: Sweet & Maxwell 2006.

Ross 2001

L.D. Ross, 'Getting down to Fundamentals: Lay Dispositionism and the Attributions of Psychologists', *Psychological Inquiry*, Vol. 12, No. 1 (2001), p. 37-40.

Ross & Anderson 1982

L. Ross & C.A. Anderson, 'Shortcomings in the attribution process: On the origins and maintenance of erroneous social assessments', in: D. Kahneman et al. (eds.), *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982 (reprint 2001), p. 129-152.

Van Rossum 2010

W. van Rossum, 'Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming', *NJB* 2010, p. 2467-2472.

Sabini et al. 2001

J. Sabini, M. Siepmann & J. Stein, 'The Really Fundamental Attribution Error in Social Psychological Research', *Psychological Inquiry* 2001, Vol. 12, No. 1, 1-15.

Schulz 2006

J. Schulz, 'Rules of Evidence as Heuristics – Heuristics as Rules of Evidence', in: G. Gigerenzer & C. Engel, *Heuristics and the Law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 327-341.

Shaver 1985

K.G. Shaver, *The Attribution of Blame. Causality, Responsibility and Blameworthiness*, New York: Springer 1985.

Stewart 2005

A.E. Stewart, 'Attributions of responsibility for motor vehicle crashes', *Accident Analysis and Prevention* 37 (2005), p. 681-688.

Storms 1973

M.D. Storms, 'Videotape and the Attribution Process', *Journal of Personality and Social Psychology* 1973, Vol. 27, No. 2, p. 165-175.

Taupitz 2007

J. Taupitz, 'Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen: Insbesondere in der Arzthaftung?', in: A. Heldrich (u.a.)(hrg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München: Beck 2007, p. 1231 e.v.

Taylor & Fiske 1975

S.E. Taylor & S.T. Fiske, 'Points of View and Perceptions of Causality', *Journal of Personality and Social Psychology* 1975, Vol. 32, No. 3, p. 439-445.

Tetlock 1985

Ph.E. Tetlock, 'Accountability: A Social Check on the Fundamental Attribution Error', *Social Psychology Quarterly* 1985, Vol. 48, No.3. p. 227-236.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Monografieën Privaatrecht. Deel 4: Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

Viney & Jourdain 2006

G. Viney & P. Jourdain, *Traité de Droit Civil. Les Conditions de la Responsabilité*, 2e éd., Paris: L.G.D.J. 2006.

Vonk c.s. 2003

R. Vonk (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, 2^e druk, Utrecht: Lemma 2003.

Vonk c.s. 2007

R. Vonk (red.), *Sociale psychologie*, 2^e druk, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2007.

Wagenaar & Crombag 2002

W.A. Wagenaar, H.F.M. Crombag & H. Israëls, 'Ook rechters maken menselijke fouten', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010, p. 874-894.

Wagner 2006

G. Wagner, 'Heuristics in Procedural Law', in: G. Gigerenzer & C. Engel, *Heuristics and the Law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 281-302.

Watson 1982

D. Watson, 'The Actor and the Observer: How are Their Perceptions of Causality Divergent?', *Psychological Bulletin* 1982, Vol. 92, No. 3, p. 682-700.

Weiner 1986

B. Weiner, 'Attribution, Emotion, and Action', in: R.M. Sorrentino & E.T. Higgins, *Handbook of Motivation and Cognition*, New York: The Guilford Press 1986, p. 281-312.

Wilson et al. 1997

S.R. Wilson et al., 'Attribution Complexity and Actor-Observer Bias', *Journal of Social Behavior and Personality* 1997, Vol. 12, No. 3, p. 709-726.

Zweigert/ Kötz 1998

K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford: OUP 1998.

18 SHOCKSCHADE

E.F.D. Engelhard en I.M. Engelhard

SAMENVATTING

Het recht op vergoeding van ‘shockschade’, de schade die verband houdt met psychisch letsel na schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, omvat een aantal gedragspresumpties. De Hoge Raad geeft met zoveel woorden aan dat door het waarnemen van een ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen ervan een hevige emotionele schok teweeg kan worden gebracht, waaruit psychisch letsel voortvloeit. Dit zou zich in het bijzonder kunnen voordoen indien iemand een nauwe affectieve relatie heeft met de betrokkene. In onze bijdrage worden deze presumpties kritisch besproken aan de hand van empirische onderzoeken en inzichten uit de klinische psychologie. Ook zal er aandacht worden besteed aan de psychologische relevantie van het onderscheid tussen shockschade en ‘affectieschade’.

1 INLEIDING

1.1 *De juridische criteria voor ‘shockschade’*

In deze bijdrage zullen we ons richten op het belang van inzichten uit de klinische psychologie voor het recht op vergoeding van ‘shockschade’. Onder deze juridische term wordt in het algemeen de schade verstaan die verband houdt met een hevige emotionele schok als gevolg van de confrontatie met (de directe gevolgen van) een ongeval of ander incident.¹ We zien shockschadeclaims vooral bij geweldsdelicten² en verkeersfouten,³ maar ook bij-

1 Vgl. Verheij 2002, p. 117 en 171 en o.a. Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN: AH9234, r.o. 2.4. De rechtbank kwalificeert de ‘psychosociale stress als gevolg van de rechtstreekse betrokkenheid bij het overlijden van vader na een verkeersongeval’, als shockschade.

2 We vinden hiervan in de rechtspraak veruit de meeste voorbeelden, naar we vermoeden worden shockclaims in strafzaken relatief weinig buitengerechtelijk afgewikkeld. Om een indicatie te geven: van 1 januari 2002 tot 1 januari 2008 tellen we om en nabij 28 gepubliceerde strafrechtelijke shockzaken, o.a. Rb. Maastricht 3 mei 2006, LJN: AX0354; Rb. Den Haag 8 november 2006, LJN: AZ1777; Hof Den Bosch 10 april 2007, LJN: BA2524; HR 10 april 2007, NJ 2007, 223; Hof Leeuwarden 16 april 2007, LJN: BA3007; Rb. Arnhem 16 mei 2007, LJN: BA6358; Hof Amsterdam 18 juni 2007, LJN: BA7439; HR 3 juli 2007, NJ 2007, 413. Zie recenter o.a. HR 19 april 2011, NJ 2011, 198; Rb. Utrecht 21 februari 2013, LJN: BZ1976 (niet-ontvankelijk); en Rb. Amsterdam 22 februari 2013, LJN: BZ2053 (niet-ontvankelijk).

3 Na geweldsdelicten is dit de in de rechtspraak grootste categorie shockschadeclaims. We wijzen op het standaardarrest HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 m.nt. CJHB en het ging in de periode 1 januari 2002 tot 1 januari

voorbeeld bij medische fouten,⁴ ongevallen op de werkplek⁵ en rampen.⁶ De eiser stelt dat de schade verband houdt met de schokkende confrontatie met de gebeurtenis (of met gevolgen van de gebeurtenis) waarvoor de gedaagde aansprakelijk is. Hoewel de term shockschade ruim is, zullen we ons richten op schade die verband houdt met een posttraumatische stressstoornis (PTSS).

In de rechtspraak zijn bijzondere regels ontwikkeld voor de vraag in hoeverre slachtoffers recht hebben op vergoeding van shockschade. Hierbij wordt een cruciaal onderscheid gemaakt al naar gelang de schade:

- het gevolg is van verwondingen die een slachtoffer zelf heeft opgelopen (of dreigde op te lopen) van de gebeurtenis en/of
- het gevolg is van het waarnemen van de gebeurtenis waarbij een ander verwond raakt en/of overlijdt, en/of
- het gevolg is van verdriet dat uitsluitend verband houdt met het moeten missen van een dierbare die bij de gebeurtenis is omgekomen, ofwel ‘affectieschade’.

Dit onderscheid wordt in de klinische praktijk niet gemaakt en dat leidt tot moeilijkheden.⁷ Voor de eerstgenoemde categorie van slachtoffers die gewond raakten, zien we geen conceptuele moeilijkheden op het snijvlak tussen rechtscriteria en klinische inzichten. Deze groep heeft, indien de aansprakelijkheid van de gedaagde vaststaat, recht op vergoeding van de volledige schade op basis van de algemene regels. Voor de slachtoffers binnen deze groep die niet daadwerkelijk gewond zijn geraakt, maar wel *dreigden* gewond te raken,⁸ geldt er echter een extra beperking ten aanzien van het recht op smartengeld (ex art. 6:106 sub b slot BW). Er moet dan sprake zijn van ‘geestelijk letsel’. Dat is volgens de Hoge Raad

2008 grofweg om zo’n negental zaken, te weten Rb. Den Haag 9 januari 2002, LJN: AE4371; HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240; Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2003, 233; Rb. Haarlem 23 juli 2002, LJN: AE6438; Rb. Alkmaar 30 oktober 2002, LJN: AF6667 (tevens strafzaak); Rb. Den Bosch 5 februari 2003, LJN: AF3886; Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN: AH9234; Rb. Arnhem 21 juli 2004, LJN: AR2559 en Rb. Arnhem 23 juni 2006, LJN: AX9255 (tevens strafzaak).

4 Van de genoemde categorieën shockclaims (m.u.v. de claims in verband met rampen) is dit een kleinere categorie; bekend is de afwijzing door het hof van de vordering tot smartengeld op die grond in HR 8 september 2000, NJ 2000, 374 m.nt. ARB (*Baby Joost*). Om een indicatie te geven: over de periode van 1 januari 2002 tot 1 januari 2008 telden we drie andere gepubliceerde zaken: Rb. Rotterdam 8 februari 2006, LJN: AX2193; Rb. Maastricht 22 maart 2006, LJN: AV7273 en Rb. Maastricht 18 oktober 2006, LJN: AZ0717.

5 Zie m.n. Rb. Utrecht 2 mei 2007, 487647 CU EXPL 06-9379 TP (*Haanstra/NS*).

6 Rb. Amsterdam 19 juli 2000, LJN: AA6551 (23 eisers/*Boeing; Bijlmerramp*).

7 Vgl. ook Verheij 2002, p. 171, waar hij wijst op de grote praktische bezwaren van de definitie van shockschade en het onderscheid met affectieschade. We zullen die hierna ook tegenkomen.

8 Hiervoor is het niet doorslaggevend of eisers zich in de ‘zone of danger’ bevonden en dus objectief levensgevaar hebben gelopen, Rb. Amsterdam 19 juli 2007, LJN: AA6551, r.o. 6 (*Bijlmerramp*).

‘in het algemeen pas het geval indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’.⁹ Ter onderbouwing hiervan wordt in procedures veelvuldig verwezen naar PTSS.¹⁰

Onze aandacht zal vooral gaan naar de rechtspositie van slachtoffers die onder de tweede en derde categorie vallen. Het gaat dan veelal om naasten die schadevergoeding vorderen voor shockschade die het gevolg is van het zien of horen dat een dierbare gewond is geraakt. Bekend is de kwestie *Van der Heijden/Holland*,¹¹ waarbij een meisje omkwam dat tijdens een verkeersongeval op de achterbank in haar moeders auto zat, en de zogenoemde *Taxibus*-zaak¹² van de moeder die haar overleden dochter op straat aantrof nadat zij was overreden door een taxibus. In beide zaken stelt de Hoge Raad voorop dat er geen recht op schadevergoeding bestaat voor schade die uitsluitend verband houdt met verdriet dat zijn oorzaak vindt in het overlijden van het kind. Naast technische redenen wijst de Hoge Raad erop dat het wel toekennen van vergoeding in deze gevallen zou leiden tot een (ongewenste) commercialisering van leed en ‘onsmakelijke’ procedures.¹³ Affectieschade is dan ook uitgesloten.¹⁴ Wel heeft men volgens het *Taxibus*-arrest bij de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm recht op vergoeding van schade voor zover die ermee verband houdt dat er (r.o. 3.4):

‘door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, wat zich in het bijzonder zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond’.

Indien aan deze voorwaarden is voldaan, heeft men ‘in het algemeen’ tevens recht op smartengeld mits er ‘sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’.¹⁵ De rechter moet echter onderscheid maken tussen de genoemde affectieschade (verdriet om de dood van het kind), die dus niet wordt vergoed, en het ‘leed dat veroorzaakt wordt door het

9 Zie o.m. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Taxibus-arrest*) en bijv. HR 10 april 2007, NJ 2007, 223 (*Angststoornis moeder na moord dochter*).

10 Ook Verheij 2002, nr. 94 (p. 118) wijst hierop. We zien ook wel andere angststoornissen of depressie, zie bijv. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2003, 233, r.o. 21 en HR 10 april 2007, NJ 2007, 223.

11 HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 m.nt. CJHB (*Van der Heijden/Holland*).

12 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (*Taxibus-arrest*), r.o. 3.4.

13 Het wetsvoorstel Affectieschade (Kamerstukken II, 28 781) dat hierin verandering moest brengen, is inmiddels verworpen; Handelingen II 2009/10, Stemming d.d. 23 maart 2010. Hierin werd een vaste kring van naasten (ouders, kinderen, echtgenoten en geregistreerd partners en een beperkte restcategorie) bij ernstig letsel of overlijden jegens de aansprakelijke persoon recht geboden op € 10.000 als schadevergoeding.

14 Alleen puur opzettelijk veroorzaakte affectieschade komt wel voor vergoeding in aanmerking, art. 6:162 BW jo. art. 6:106 sub a BW.

15 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (*Taxibus-arrest*), r.o. 3.4. Naar verluidt heeft de eiseres in deze zaak uiteindelijk € 13.000 ontvangen.

geestelijke letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval', waarvoor wel schadevergoeding mogelijk is. Veelal wordt dan aan een psychiater of psycholoog gevraagd om aan te geven hoe beide vormen van schade zich tot elkaar verhouden. In een aantal zaken onthouden deskundigen zich echter van een dergelijk oordeel, met als argument dat dit vanuit klinisch oogpunt niet kan worden gegeven.

In het *Vilt*-arrest heeft de Hoge Raad nog geoordeeld dat voor de vergoeding van shockschade slechts onder deze strikte voorwaarden plaats is. De zaak betrof een vordering tot schadevergoeding van ouders die shockschade zouden hebben opgelopen doordat hun kinderen door doodslag, een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval, om het leven waren gebracht. De ouders hadden dit gebeuren niet zelf waargenomen, maar stelden dat het opzettelijk begaan ervan een grond voor schadevergoeding opleverde, of, subsidiair, ertoe moest leiden dat het hiervoor genoemde vereiste van het *Taxibus*-arrest dat het slachtoffer het ongeval heeft waargenomen of direct is geconfronteerd met de gevolgen (de zgn. confrontatie-eis), minder strikt moet worden uitgelegd. Deze stelling van de ouders vond geen steun bij de Hoge Raad. De in het *Taxibus*-arrest gegeven 'algemene gezichtspunten' (en de op basis daarvan geformuleerde vereisten) gelden volgens het *Vilt*-arrest onverkort, ook in gevallen waarin het verkeersongeval opzettelijk is veroorzaakt. Het vereiste van 'het waarnemen van het ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen ervan' kan volgens de Hoge Raad niet ter zijde worden gesteld of worden afgezwakt vanwege de aard of ernst van de normschending, zoals vanwege het opzettelijk begaan daarvan. In de doctrine wordt hier wel uit afgeleid dat de verbale overdracht van het ernstig letsel of overlijden op zichzelf *überhaupt* ook niet voldoende is om aan de confrontatie-eis van het *Taxibus*-arrest te voldoen.¹⁶

1.2 Een viertal juridische presumpties

In de hiervoor weergegeven rechtsregels van de Hoge Raad lijken de volgende *niet-juridische veronderstellingen (presumpties)* besloten te liggen:

1. Door de *waarneming* van een ongeval of de *directe confrontatie* met de gevolgen daarvan wordt een hevige emotionele schok veroorzaakt.
2. Uit de *hevige emotionele schok* vloeit geestelijk letsel voort.
3. Het ontstaan van shockschade door de waarneming of confrontatie doet zich vooral voor indien iemand een *nauwe affectieve relatie* heeft met de getroffene.

16 Zie in die zin o.a. Kottenhagen 2010, p. 341 e.v., Emaus 2011, par. 5 en Rijnhout 2012, p. 245 die er voorts op wijst dat de toepassing van de confrontatie-eis in de feitenrechtspraak na het *Vilt*-arrest geen eenduidig beeld toont.

4. Het is mogelijk om vast te stellen in hoeverre leed door het verlies van de getroffene is ontstaan (affectieschade) dan wel door de confrontatie met de gebeurtenis (shockschade).

De Hoge Raad doet hiermee uitspraken over kwesties die deel uitmaken van het terrein van de klinische psychologie. Ons lijkt dat het recht wint aan overtuigingskracht en objectiviteit als het op de betreffende punten zo veel mogelijk aansluit bij de huidige inzichten uit de klinische psychologie.¹⁷ In deze bijdrage zullen we de vier presumpties analyseren vanuit de huidige inzichten van de klinische psychologie en ingaan op implicaties van die bevindingen voor de betreffende regels.

1.3 Plan van aanpak

Om dit te kunnen doen, zal er in paragraaf 2 eerst meer duidelijkheid worden geboden over het klinische beeld van PTSS (par. 2.1), de procedurele relevantie van de diagnose PTSS en de wijze waarop de diagnose wordt vastgesteld (par. 2.2 en 2.3).

In paragraaf 3 worden recente gegevens beschreven over het vóórkomen van PTSS na verschillende typen schokkende gebeurtenissen. We besteden ook aandacht aan de huidige inzichten omtrent de risicofactoren voor de ontwikkeling van PTSS. Vanuit deze perspectieven zal worden ingegaan op de vier genoemde presumpties van de Hoge Raad. Volgens de eerste presumptie wordt door de *waarneming* van het ongeval of de *directe confrontatie* met de gevolgen een ‘hevige emotionele schok’ veroorzaakt. Hoe verhoudt zich dit tot de huidige klinische inzichten? En: is een telefoontje aan de ouders dat hun kind is omgekomen bij een ongeval *niet* in staat om een hevige emotionele schok en PTSS te veroorzaken? Ook zal worden ingegaan op de presumptie dat geestelijk letsel wordt veroorzaakt door een *hevige emotionele schok*. Sommige mensen voelen geen hevige angst tijdens of na een schokkende gebeurtenis, maar voelen zich verdoofd of ervaren schaamte en woede. Is er bij hen minder kans op het ontstaan van PTSS? En moet er daadwerkelijk sprake zijn van één moment waarop de schade ontstaat? Volgens de derde presumptie doet PTSS zich vooral voor bij mensen die een nauwe *affectieve relatie* hebben met de getroffene. Wordt dit gestaafd door klinisch onderzoek? Naar aanleiding van dit laatste zal er ook nog aandacht worden besteed aan de psychologische relevantie van het onderscheid tussen shockschade

¹⁷ We sluiten daarmee in feite aan bij de visie op het recht die Van Boom en Giesen op het punt van veiligheidsregulering en gedragsnormen ten toon spreiden (Van Boom 2003 en Giesen 2005, p. 96). Giesen: ‘[E]en gedragsnorm die vanuit de psychologie niet hanteerbaar is – omdat daaruit blijkt dat aan die norm feitelijk niet te voldoen is – zou wat mij betreft niet als juridische gedragsnorm mogen worden gebruikt, tenzij er zwaarwegende redenen van normatieve aard zouden bestaan die dat eventueel anders zouden kunnen maken.’

en affectieschade. Van diverse kanten zijn daarbij al kritische kanttekeningen geplaatst en hierover zullen we dus kort zijn.¹⁸

We eindigen met een samenvatting van onze analyse en een beschouwing over de betekenis die daaraan toekomt voor het denken en beslissen over de besproken vergoedingsregels.

2 WAT IS PTSS?

2.1 *Klinische beeld van PTSS*

PTSS werd in 1980 als een angststoornis opgenomen in het psychiatrische handboek van diagnostiek genaamd *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM).¹⁹ Dit was het gevolg van sociale en politieke ontwikkelingen in de jaren zeventig, waarbij aandacht werd gevraagd voor de psychische gevolgen van de Tweede Wereldoorlog, de Vietnamoorlog en huiselijk geweld. De term PTSS bestaat dus nog niet zo lang. Voorheen stond een soortgelijk ziektebeeld bekend onder diverse termen (bijv. ‘soldier’s heart’, ‘shell shock’, ‘concentratiekampsyndroom’ en ‘rape trauma syndrome’).²⁰ In de huidige vierde editie van de DSM²¹ wordt PTSS gedefinieerd als een patroon van symptomen na een traumatische ervaring, bestaande uit (1) *herbelevingen* van het trauma (bijv. indringende herinneringen, nachtmerries, flashbacks), (2) *vermijdingen* emotionele *afstomping* (bijv. gedachten of gesprekken over het trauma vermijden, activiteiten of mensen die geassocieerd zijn met het trauma vermijden, gevoelens van vervreemding van anderen) en (3) *verhoogde prikkelbaarheid* (bijv. irritaties, slaapproblemen, schrikachtigheid). De diagnose vereist minstens één symptoom van herbelevingen, drie van vermijding en twee van prikkelbaarheid, die minstens één maand aanhouden en een aanzienlijke lijdensdruk met zich brengen of het dagelijks functioneren wezenlijk verstoren. Meestal ontstaan de symptomen binnen enkele weken of maanden. De duur van PTSS kan ‘acuut’ zijn (maximaal drie maanden) of ‘chronisch’ (langer). PTSS gaat vaak samen met lichamelijke klachten²² en andere psychopathologie, zoals depressie, alcoholmisbruik (met name bij mannen) en andere angststoornissen.²³

18 Zie par. 3.3 en de daar genoemde referenties.

19 American Psychiatric Association (APA; 1980). DSM-III. Washington, DC: APA.

20 Withuis 2002.

21 APA (1994), DSM-4. Washington, DC: APA. Naar verwachting wordt DSM-5 in mei 2013 gepubliceerd en blijven de PTSS-symptomen grotendeels hetzelfde. De drie clusters van symptomen zullen worden gesplitst in vier clusters: herbelevingen, vermijdingssymptomen, verhoogde prikkelbaarheid en negatieve veranderingen in cognities en stemming. Zie Friedman et al. 2011.

22 Engelhard, Van den Hout, Weerts & Van Doornen 2009.

23 Kessler et al. 1995, p. 1048-1060.

De aanname dat PTSS hoofdzakelijk wordt veroorzaakt door een trauma was een belangrijke stap bij de erkenning van psychische klachten van slachtoffers. Deze aanname is echter ook een hoofdpunt van kritiek geworden.²⁴ Dit komt deels doordat een aantal PTSS-symptomen overeenkomt met de symptomen van andere angststoornissen en depressie. In wezen wordt PTSS van andere stoornissen onderscheiden doordat de symptomen het gevolg zouden zijn van een traumatische ervaring. Om de PTSS-diagnose te krijgen, is het meemaken van een dergelijke ervaring dus vereist. Dit lijkt een open deur, maar het is complex, want wat is 'traumatisch'? De DSM-IV verstaat hieronder: (A1) 'betrokkene heeft ondervonden, is getuige geweest van of werd geconfronteerd met één of meer gebeurtenissen die een feitelijke of dreigende dood of een ernstige verwonding met zich bracht, of die een bedreiging vormde voor de fysieke integriteit van betrokkene of van anderen', en (A2) tot de reacties van betrokkene behoorde intense angst, hulpeloosheid of afschuw.²⁵ Voorwaarde voor het stellen van de diagnose PTSS is dat aan deze criteria is voldaan.

Het zogenoemde confrontatiecriterium uit het *Taxibus*-arrest van de Hoge Raad voor het recht op schadevergoeding van shockschadeslachtoffers (dat wil zeggen het criterium dat eigen waarneming of directe confrontatie met de gevolgen vereist) sluit qua grove contouren hierop aan, maar het is aanmerkelijk restrictiever in die zin dat de Hoge Raad van een 'directe' confrontatie spreekt en dit volgens het *Vilt*-arrest lijkt te impliceren dat ouders die achteraf, bijvoorbeeld door de politie en eventueel nog (veelvuldig) via de media, met het overlijden van hun door een misdrijf om het leven gekomen kind(eren) zijn geconfronteerd, zonder dat zij het voorval zelf of de onmiddellijke gevolgen ervan direct hebben waargenomen, geen recht hebben op schadevergoeding.

Dat ook een confrontatie in deze laatste zin naar psychologische maatstaven traumatisch kan zijn, blijkt uit de huidige DSM-definitie en naar verwachting zal dit in DSM-5 worden gehandhaafd. Bovendien zal het voornoemde criterium A2 in DSM-5 naar verluidt vervallen.²⁴ In DSM-5 (verwacht in mei 2013) wordt een traumatische gebeurtenis dan waarschijnlijk als volgt gedefinieerd: De persoon is blootgesteld aan de volgende gebeurtenis(sen): dood of dreigende dood, feitelijke of dreigende ernstige verwonding, of feitelijke of dreigende seksuele schending, op één of meerdere van de volgende manieren: (1) de gebeurtenis(sen) zelf meegemaakt, (2) getuige zijn van de gebeurtenis(sen) die een ander meemaakt, (3) te weten komen dat de gebeurtenis een naast familielid of goede vriend(in) overkwam of (4) herhaaldelijke of extreme blootstelling meemaken aan aversieve details van de gebeurtenis(sen) (bv. politieagenten die herhaaldelijk zijn blootgesteld aan details van kindermisbruik). Onder (2) vallen geen gebeurtenissen die iemand waarneemt in

24 Zie bijv. McNally 2003; Brewin 2003 en Engelhard, Arntz & Van den Hout 2006, p. 58-65.

25 APA (1994). DSM-IV. Washington, DC: APA, p. 429.

elektronische media, televisie of films, behalve als dit deel uitmaakt van beroepstaken.²⁶ Vorderingen tot schadevergoeding waarbij het slachtoffer stelt langs die weg (media) met de tragische omstandigheden van het overlijden te zijn geconfronteerd, zijn in feitenrecht-spraak overigens afgewezen.²⁷

2.2 *Juridische relevantie van de diagnose PTSS*

De vraag of een ervaring ‘traumatisch’ is en/of samenhangt met geestelijk letsel werd tot voor kort in een aantal schadezaken voorbehouden aan het oordeel van de rechter. De rechter achtte de feiten uit het dossier ‘traumatisch’ en oordeelde, zonder dat er een deskundige aan te pas kwam, dat sprake was van geestelijk letsel,²⁸ zoals PTSS.²⁹ Dat er sprake was van geestelijk letsel werd als een ‘feit van algemene bekendheid’ beschouwd³⁰ of werd uit de redelijkheid afgeleid.³¹

In 2007 nam de strafkamer van de Hoge Raad echter geen genoegen (meer) met een oordeel dat gebaseerd was op (de *gruwelijkheid* van) de dossiergegevens en de verklaringen van de eiser en zijn raadsman. Het oordeel dat sprake is van geestelijk letsel noodzaakt tot nader feitelijk onderzoek.³² De zaak betrof de vordering van een vader die ‘zijn dochter levenloos, in gedeeltelijk ontklede toestand, badend in het bloed als gevolg van zeer vele steekletsels in de woonkamer had aangetroffen’. Aannemelijk was geworden dat hij een nauwe emotionele band met zijn dochter had. De aanwezigheid van geestelijk letsel achtte het hof ‘evident’ op grond van zijn slachtofferverklaring, het feit dat hij onder behandeling was bij een zorginstelling en de verklaring van de sociaal-psychiatrisch verpleegkundige dat hij door flashbacks moest verhuizen. Ook liet het hof het beeld meewegen dat het zichzelf had kunnen vormen, mede op grond van foto’s in het dossier, van de omstandigheden waaronder de man zijn dochter had aangetroffen. Dit alles maakte geestelijk letsel

26 Friedman et al. 2011.

27 Zie Rb. Arnhem 24 juli 2012, LJN: BX2399: de confrontatie via perspublicaties is onvoldoende.

28 Zie o.a. Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN: AH9234, r.o. 2.4.

29 In 7 van de 8 in noot 2 vermelde strafrechtelijke uitspraken werd niet van enig concreet ziektebeeld of een concrete stoornis gerept. Daarentegen werd PTSS in – op twee na – alle van de in noot 3 genoemde verkeerszaken opgevoerd en de betreffende twee zaken waren wederom strafzaken (verkeersfouten). We vermoeden dat hieraan mede debet is dat als de vordering ‘eenvoudig van aard’ is, dit een grond kan zijn voor niet-ontvankelijkheid (art. 361 lid 3 Wetboek van Strafvordering).

30 Vgl. Rb. Den Haag 9 januari 2002, LJN: AE4371, waar het verweer dat deskundigenverklaringen ontbraken over de vraag of er sprake was van geestelijk letsel wordt verworpen, aangezien het ‘van algemene bekendheid’ is ‘dat de confrontatie van ouders met hun bij een ongeval, waar zij ook zelf bij betrokken zijn, ter plaatse overleden 3-jarige kind, geestelijk letsel oplevert’.

31 Zie Hof Den Bosch 3 oktober 2003, LJN: AL6195 (geestelijk letsel na waarneming van de moord op eisers vrouw en de directe confrontatie met zijn vermoorde dochter afgeleid uit ‘redelijkheid’ en het feit dat de benadeelde partij zich onder geestelijke behandeling heeft moeten stellen).

32 HR 3 juli 2007, NJ 2007, 413, r.o. 4.4. Zie ook reeds HR 10 april 2007, NJ 2007, 223 (*Angststoornis moeder na moord dochter*).

bij de vader volgens het hof zo aannemelijk dat, zonder rapportage, alvast een deel van de vordering werd toegewezen. De raadsman van de vader had aangevoerd dat het opstellen van een psychiatrisch rapport voor hem te belastend zou zijn. Voor het restant werd de zaak naar de civiele rechter doorverwezen. Volgens de strafkamer van de Hoge Raad gaf het hof hiermee onvoldoende blijk te hebben onderzocht of er aan het vereiste van geestelijk letsel was voldaan en was de claim alsnog niet-ontvankelijk.³³ Het feitenonderzoek ter vaststelling van geestelijk letsel vergt dus in beginsel klinische expertise.

2.3 *Het vaststellen van de diagnose PTSS*

De diagnose PTSS wordt bepaald aan de hand van een gestructureerd klinisch interview met een klinisch psycholoog of een psychiater. Op basis van de ervaring en klachten die het slachtoffer beschrijft, bepaalt de clinicus of deze overeenkomen met de diagnostische richtlijnen. Het vaststellen van een geldige diagnose wordt beïnvloed door de nauwkeurigheid van de zelfrapportage van het slachtoffer en de bekwaamheid van de clinicus. In de klinische praktijk wordt de diagnose niet gesteld op grond van een vragenlijst. Met vragenlijsten kan namelijk niet goed worden bepaald welke ervaring ten grondslag ligt aan de diverse klachten. Ook wordt er in vragenlijsten geen onderscheid gemaakt tussen huidige PTSS, reeds eerder aanwezige PTSS en niet-specifieke PTSS-klachten (dat wil zeggen klachten die deel uit *kunnen* maken van de diagnose, maar die net zo goed los kunnen staan van PTSS, zoals moeheid of hoofdpijn die bij allerlei ziektebeelden voor kunnen komen en ook op zichzelf kunnen staan). De hier genoemde onderscheidingen kunnen in een klinisch interview wel worden gemaakt. Ten slotte vereist de PTSS-diagnose dat de symptomen de persoon op een 'substantiële' manier belemmeren in het functioneren. Ook dit laatste wordt nagegaan via interviews, niet via vragenlijsten. Als er geen rekening wordt gehouden met deze zaken kan de schatting van traumagerelateerde PTSS te hoog uitpakken.³⁴

Bij de bewijslast ten aanzien van PTSS doet zich het probleem voor van de subjectieve aard van de diagnose. Het vaststellen van de stoornis is een belangrijke stap bij het bepalen van psychische schade door een trauma, maar het is ook een lastige stap, omdat veel afhangt van de geloofwaardigheid van het slachtoffer. Het simuleren of overdrijven van traumatische gebeurtenissen³⁵ en klachten³⁶ (bijvoorbeeld voor financiële compensatie of arbeidsongeschiktheid) moet bij het stellen van de diagnose worden uitgesloten, al is het lastig te achterhalen of hier sprake van is. Ook is het de vraag of iemand de eigen psychische toestand

33 HR 3 juli 2007, NJ 2007, 413, r.o. 4.3.

34 Engelhard, Van den Hout, Weerts, Arntz, Hox & McNally 2007; Engelhard, Van den Hout & Weerts 2007.

35 Burkett & Whitley 1998.

36 Frueh et al. 2000, p. 853 e.v.

nauwkeurig kan weergeven, gezien de complexe drijfveren en spanningen die typerend zijn voor schadeprocedures (in het bijzonder bij het vorderen van smartengeld, aangezien een medisch erkend ziektebeeld noodzakelijk is voor het slagen van de vordering).

Psychobiologische meetmethoden (het meten van psychische processen door lichamelijke uitingsvormen) bieden wellicht de mogelijkheid om de diagnose PTSS meer naar objectieve maatstaven vast te stellen. Er zijn veel psychische en biologische afwijkingen gevonden bij mensen met PTSS, maar doordat de oorsprong van de meeste afwijkingen onbekend is, komen ze niet in aanmerking voor toepassing in juridische procedures. Twee maten lijken vooralsnog wel in aanmerking te komen voor implementatie: verhoogde lichamelijke reacties tijdens het voor de geest halen van het trauma en verhoogde schrik-achtigheid bij het horen van plotselinge, harde tonen. In een aantal Amerikaanse civiele zaken zijn deze maten gebruikt als indicatie van de symptomen van het slachtoffer.³⁷ De effectiviteit is tot nu toe echter slechts op kleine schaal getest.

De diagnose PTSS kan dus worden gebruikt als een maat van de psychische schade na een schokkende gebeurtenis, maar niet als een aanwijzing dat een bepaalde gebeurtenis daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en niet als uitsluitsel over de oorzaak van de schade.³⁸ De symptomen geven slechts de emotionele betekenis van de herinneringen weer. Met de diagnose PTSS is dus nog niet het causale verband gelegd tussen de schade en de fout van de gedaagde. Uit de door ons onderzochte rechtspraak ontstaat overigens het beeld dat de PTSS-diagnose inderdaad niet meeweegt bij het bepalen van het causale verband tussen de gebeurtenis en de schade.

3 ANALYSE VAN DE VIER PRESUMPTIES

3.1 *Oorzaken en incidentie van PTSS*

Zoals we eerder aangaven, stelt de Hoge Raad dat een hevige emotionele schok kan worden veroorzaakt door de waarneming van een ernstig ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen daarvan³⁹ en dat deze schok zich met name zal voordoen als er een nauwe affectieve relatie is met de getroffene.⁴⁰ Komt dit overeen met de inzichten uit de klinische psychologie over de oorzaken en incidentie van PTSS?

37 Pitman & Orr 2003. Zie ook Orr & Roth 2000, p. 225 e.v.

38 Stone 1993, p. 23 e.v.

39 Vgl. bijv. ook Rb. Zutphen 14 juli 2004, LJN: AQ1376, waar de rechtbank de immateriële schade van een vrouw in verband met doodslag van haar partner middels een messteek (en beroving), aanmerkt als shockschade 'nu [dit] zich voor haar ogen heeft afgespeeld'.

40 Vgl. bijv. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2003, 233, r.o. 20. Het verband tussen het geestelijk letsel (een zwaar depressieve storing) en de confrontatie met het ongeval leidt het hof af uit het feit dat therapeutische behandeling mede deze confrontatie met het ongeval betrof en uit de nauwe moeder-dochterrelatie, overwe-

Aanvankelijk werd PTSS in verband gebracht met gebeurtenissen waarbij de persoon zelf bedreigd werd of lichamelijk letsel opliep, zoals geweldsmisdrijven, ongelukken, rampen en seksueel misbruik. Latere onderzoeken hebben echter aangetoond dat een soortgelijke stoornis ook, zoals de Hoge Raad veronderstelt, kan volgen op het *waarnemen* van het ongeluk van een ander (bijv. een machinist die ziet dat iemand voor de trein springt of de getuigen van een ernstig verkeersongeluk). De *juridische* maatstaf van 'directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval', die gebruikt wordt als vereiste voor het vaststellen van het recht op schadevergoeding, zal zich verder in de rechtspraak moeten uitkristalliseren. Maar er wordt veelal van uitgegaan, en dit lijkt ook de teneur van het *Vilt*-arrest, dat dit vereiste vraagt dat de eiser, indien hij het schadevoorval niet zelf heeft waargenomen, wel met de fysieke gevolgen van het ongeval ter plaatse (als zijnde de meest directe *aftermath*) is geconfronteerd, zoals het gekwetste lichaam van het primaire slachtoffer, bloed, sirenes en dergelijke.⁴¹ Onderzoek laat echter zien dat PTSS óók kan volgen op een *verbale overdracht* van onverwachte en dramatische informatie over een ongeval of misdrijf, zoals het vernemen dat een dierbare plotseling is overleden, dat een kind is vermoord of dat een familielid het slachtoffer was van seksueel geweld. Deze verscheidenheid aan gebeurtenissen, die buiten de genoemde juridische maatstaven lijken te vallen, wordt weergegeven in de eerder genoemde definitie van een 'traumatische ervaring' in de DSM-IV. Uitgaande van de maatstaven uit de klinische psychologie is presumptie 1 dus beperkt: een hevige emotionele schok kan worden veroorzaakt door de waarneming van een ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen daarvan, maar óók door een 'indirecte' confrontatie met een schokkende gebeurtenis, bijvoorbeeld door via de politie te vernemen van een ongeval.

Hoe vaak komt PTSS na de directe of indirecte confrontatie met het schadevoorval voor? Alhoewel de meeste mensen na een traumatische gebeurtenis in eerste instantie PTSS-symptomen vertonen, herstelt de meerderheid van hen. Op basis van een steekproef onder de Amerikaanse bevolking bleek dat ongeveer 90% van de deelnemers minstens één traumatische gebeurtenis⁴² tijdens het leven had meegemaakt en dat ongeveer 10% van de mannen en 18% van de vrouwen PTSS had ontwikkeld.⁴³ Dit is vergelijkbaar met Nederlands onderzoek.⁴⁴ Het vóórkomen van PTSS hangt af van het type gebeurtenis. Uit het Amerikaans onderzoek blijkt dat het risico op PTSS het grootst is na geweldsmisdrijven, zoals een verkrachting (49%) of ernstige mishandeling (31,9%); het risico is kleiner na het zien dat iemand gedood wordt of ernstig verwond raakt (7,3%), brand of een natuurramp (3,8%) of een ernstig verkeersongeval (2%). Te weten komen dat een dierbare een schokkende

gend dat shockschade 'zich met name [kan] voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt'. Zie Verheij 1998.

41 Ales 2007 (met verwijzingen).

42 Volgens de huidige DSM-IV-definitie.

43 Breslau 1998, p. 1-19.

44 De Vries & Olff 2009.

gebeurtenis heeft meegemaakt, zoals ernstig lichamelijk geweld (4,6%) of seksueel misbruik (3,6%), brengt een kleinere kans op PTSS met zich dan het vernemen van de plotselinge dood van een dierbare (14,3%). Ten slotte dient te worden opgemerkt dat de PTSS-percentages ook afhangen van de tijd na het trauma. Als PTSS langer dan drie maanden aanhoudt, is de kans groter dat het chronisch blijft.⁴⁵ Duidelijk is in elk geval dat PTSS niet alleen ontstaat na de directe waarneming van (de gevolgen van) een schokkende gebeurtenis die een *dierbare* meemaakt of het vernemen dat hiervan sprake is, maar ook na het waarnemen van het ongeluk van een *onbekende*, dus buiten de affectieve relatie. De derde presumptie (shockschade ontstaat na blootstelling aan een schokkende gebeurtenis, vooral als men een nauwe affectieve relatie heeft met direct daarbij betrokkenen) is weliswaar in overeenstemming met inzichten vanuit de klinische psychologie, maar hierbij moet worden benadrukt dat PTSS eveneens kan voorkomen bij mensen die zien dat een onbekende gewond raakt of overlijdt.

3.2 *Inzichten uit de klinische psychologie omtrent de risicofactoren van PTSS*

Zoals uit paragraaf 2.3 blijkt, is het naar klinische maatstaven mogelijk om aan te nemen dat er sprake is van PTSS zonder dat de precieze oorzaak vaststaat. PTSS is echter ook één van de weinige psychiatrische stoornissen die een etiologische factor vereist (de traumatische ervaring), hetgeen suggereert dat de etiologie van de stoornis bekend is. Veel onderzoeken hebben inderdaad een lineair verband gevonden tussen de ernst van de schokkende gebeurtenis en posttrauma psychische problemen. PTSS komt vaker voor als er sprake was van levensdreiging, verwondingen of blootstelling aan een afschuwelijke dood.⁴⁶ Deze relatie lijkt bewijs voor de *causale* impact van de schokkende gebeurtenis op het functioneren, maar causaliteit kan niet worden afgeleid uit een samenhang. Bij de meeste onderzoeken kan de ernst van de schokkende gebeurtenis niet op basis van *objectieve* gegevens, bijvoorbeeld aan de hand van archieven,⁴⁷ worden weergegeven. Meestal worden de betrokkenen, vaak jaren later, gevraagd naar feitelijke informatie over het gebeuren. Dit is nogal problematisch, want als mensen last hebben van ernstigere PTSS-symptomen, herinneren zij zich hun traumatische ervaringen ook als ernstiger.⁴⁸ De effecten zijn niet sterk, maar wel opmerkelijk. Zo werd aan werknemers van een lagere school gevraagd om een vragenlijst in te vullen over hun herinneringen aan een fatale schietpartij, zes maanden eerder op hun school.⁴⁹ Een jaar later werd de vragenlijst opnieuw afgenomen. Naarmate

45 Foa & Rothbaum 1998.

46 March 1993, p. 37 e.v.

47 Bijv. Dohrenwend et al. 2006, p. 979 e.v.

48 Bijv. Engelhard, Van den Hout & McNally 2008, p. 3-9.

49 Schwarz, Kowalski & McNally 1993, p. 545-553.

de PTSS-symptomen bij de tweede meting ernstiger waren, herinnerden mensen zich de gebeurtenis als erger dan voorheen (ze schatten bijv. de afstand tussen henzelf en het schietincident kleiner in). Degenen met weinig klachten bij de tweede meting herinnerden zich de schietpartij als minder erg. Dit illustreert dat herinneringen niet in kant-en-klare vorm zijn opgeslagen in het brein. Herinneringen aan traumatische ervaringen zijn (net als andere herinneringen) veranderlijk door de tijd en worden onder andere beïnvloed door de gemoedstoestand. Herinneren is reconstructie, niet reproductie.⁵⁰ Als mensen met PTSS zich het trauma als erger herinneren dan ze in eerste instantie deden, kan dit de dosis-response relatie overschatten. Het is duidelijk dat niet iedereen PTSS ontwikkelt na een schokkende gebeurtenis. Ook blijkt dat mensen nogal eens PTSS-symptomen rapporteren na schijnbaar mildere, niet-traumatische gebeurtenissen, zoals problemen met werk, financiën of relaties.⁵¹ Dit benadrukt het belang van de subjectieve reactie of interpretatie van de gebeurtenis.

Wordt PTSS veroorzaakt door een emotionele schok (de tweede presumptie van de Hoge Raad)? Subjectieve maten van angst of ervaren dreiging zijn inderdaad betere voorspellers van PTSS-symptomen dan objectieve maten van gevaar.⁵² Mensen die tijdens of vlak na een traumatische gebeurtenis geen intense angst, hulpeloosheid of afschuw ervaren, ontwikkelen vaak geen PTSS.⁵³ Maar het kan wel. Sommige mensen ervaren tijdens of kort na een geweldsmisdrijf geen intense angst, maar schaamte of woede, en ontwikkelen toch ernstige PTSS-klachten.⁵⁴ Ook blijkt dat bewusteloosheid tijdens een ongeval het ontstaan van PTSS niet voorkomt. PTSS kwam drie maanden na een ongeval juist vaker voor bij slachtoffers die tijdens het ongeval buiten bewustzijn waren geraakt dan bij slachtoffers die dat niet waren.⁵⁵ Zelfs patiënten die ernstig hersenletsel oplopen bij een ongeluk en geen enkele bewuste herinnering van het ongeluk hebben, kunnen toch ernstige PTSS-symptomen ontwikkelen.⁵⁶ Een verklaring hiervoor is dat zij details van het ongeluk hebben gehoord of gelezen en op basis daarvan een herinnering aan het ongeluk hebben gecreëerd. Zulke herinneringen kunnen herbelevingen en nachtmerries teweegbrengen.⁵⁷ Kortom, PTSS-symptomen kunnen ontstaan zonder dat er sprake is van een hevige emotionele schok tijdens of vlak na een ongeval of misdrijf. In DSM-5 wordt criterium A2 dan ook waarschijnlijk verwijderd uit de definitie van 'traumatische gebeurtenis'.⁵⁸ Op grond van deze inzichten kan ook de tweede presumptie van de Hoge Raad beperkt worden genoemd.

50 Crombag & Merckelbach 1996.

51 Bijv. Mol et al. 2005, p. 494-499.

52 Bowman 1999, p. 21-33.

53 Brewin, Andrews & Rose 2000, p. 499-509.

54 Zie noot 50.

55 Zie McNally 2003, p. 120-123.

56 Bryant et al. 2000, p. 629-631.

57 Zie noot 52.

58 Zie noot 24.

Welke andere factoren voorspellen of iemand na een traumatische ervaring ernstige problemen krijgt? Er wordt verondersteld dat de rol van persoonlijke kwetsbaarheden en risicofactoren minder belangrijk is bij het ontstaan van PTSS naarmate de gebeurtenis ernstiger is.⁵⁹ In een paar omvangrijke onderzoeken vond men dat hoger neuroticisme (de stabiele neiging om ervaringen op een negatieve manier te interpreteren) en lager cognitief vermogen (lagere intelligentie en opleidingsniveau) behoren tot de sterkste pre-traumatische voorspellende variabelen van PTSS.⁶⁰ Dit strookt met een invloedrijke theorie⁶¹ die suggereert dat PTSS niet rechtstreeks voortkomt uit de traumatische gebeurtenis, maar uit negatieve interpretaties van de (nasleep van een) traumatische ervaring en uit het niet integreren van traumatische herinneringen in het autobiografisch geheugen. Uit een meta-analyse⁶² van 85 (voornamelijk retrospectieve) onderzoeken naar risicofactoren van PTSS bleek dat algemene kenmerken (leeftijd e.d.) in sommige onderzoeken wel voorspellend waren en in andere niet. Lager opleidingsniveau en eerdere traumatische ervaringen waren meer consistent, maar de sterkte van het verband met PTSS hing af van de steekproef. Factoren zoals een psychiatrisch verleden, misbruik in de kindertijd en psychiatrische stoornissen in de familie hadden meer uniform voorspellende waarde. Sterkere effecten werden gevonden voor de ernst van het trauma, gebrek aan sociale steun en bijkomende (schokkende) gebeurtenissen.

De diagnose PTSS is, zoals gezegd, één van de weinige DSM-classificaties die een etiologische factor omvat (de traumatische ervaring). Dit lijkt de validiteit van de diagnose niet ten goede te komen: de kans op PTSS is groter naarmate de traumatische gebeurtenis ernstiger is en de emotionele reactie heviger is, maar de meeste mensen die een traumatische ervaring meemaken, ontwikkelen geen stoornis. Omgekeerd geldt dat sommige mensen ernstige PTSS-klachten ontwikkelen zonder dat er sprake is van een traumatische ervaring (althans volgens de DSM-IV-definitie).

3.3 *Het onderscheid tussen schok- en affectieschade*

Ten slotte is er de vraag of op basis van klinisch onderzoek kan worden vastgesteld in hoeverre psychische schade verband houdt met de schokkende omstandigheden van een ongeval (shockschade) of met de gevolgen van het overlijden (affectieschade).⁶³ In de lite-

⁵⁹ Zie noot 52.

⁶⁰ Zie bijv. Engelhard, Van den Hout & Schouten 2004, p. 2540-2544.

⁶¹ Ehlers & Clark 2000, p. 319-345.

⁶² Brewin, Andrews & Valentine 2000, p. 748-766.

⁶³ Zie de rechterlijke uitspraken vermeld in de navolgende twee voetnoten, en vgl. ook Rb. Den Bosch 5 februari 2003, LJN: AF3886, r.o. 4.15, waar op basis van de verklaring van de psychotherapeute in een moordzaak wordt geoordeeld dat de confrontatie van eiser met de aanslag op zijn eigen leven en dat van zijn omgebrachte echtgenote 'zo nauw met elkaar verweven dat zij niet van elkaar gescheiden kunnen worden'.

ratuur wordt al jaren gewezen op de praktische problemen bij het vaststellen van deze verhouding⁶⁴ en in verschillende procedures heeft de klinisch deskundige, met instemming van de partijen, verklaard dat het vaststellen van deze verhouding 'gelet op de huidige stand van de psychiatrische wetenschap onmogelijk is'.⁶⁵

Om deze reden wordt de verhouding tussen shockschade en affectieschade ten opzichte van geestelijk letsel rechterlijk meestal niet door deskundigenonderzoek vastgesteld, maar 'naar redelijkheid'.⁶⁶ Daarbij wordt erkend dat 'vaststellingen als deze steeds een, in hoge mate, arbitrair karakter hebben'.⁶⁷ Ze resulteren nogal eens in 50/50-verdeling.⁶⁸ Zo had het Hof Leeuwarden te oordelen over de claim van een moeder jegens Postma en diens WAM-verzekeraar FBTO voor de aanrijding waarbij haar 15-jarige dochter was overleden, die in een elektronische rolstoel reed. De moeder had het ongeval horen gebeuren en was snel daarna ter plaatse en zag wat er gebeurd was. Volgens de gedaagde zou haar geestelijk letsel (onder andere een zware depressie) mede het gevolg zijn van de nauwe moeder-dochterrelatie. Beide partijen vonden een deskundigenopdracht om het percentage shockschade te bepalen onmogelijk en onwenselijk. Het hof ging hierin mee en kwam tot een 50/50-verdeling voor de materiële schade. De immateriële schade werd 'naar billijkheid' vastgesteld op € 20.000.⁶⁹

4 ANALYSE EN EERSTE CONCLUSIES

Wat betekenen deze inzichten nu voor de vier presumpties van de Hoge Raad die wij in paragraaf 1.2 hebben onderscheiden?

De besproken resultaten van klinisch onderzoek komen bij eerste oogopslag overeen met de eerste presumptie: PTSS kan ontstaan bij slachtoffers die niet op *directe* wijze bij de gebeurtenis betrokken waren (in de zin dat ze zelf gewond raakten of dreigden te worden geraakt), maar op andere wijze daarmee werden geconfronteerd. Volgens de juridische

64 Zie o.m. reeds de kritiek van Verheij 1998, p. 324-332 en in zijn dissertatie (Verheij 2002, p. 136-138 en 172), binnen de kring van verzekeraars Ales 2007, p. 9 en psychiater Van Tilburg 2004, p. 7 e.v.

65 Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN: AH9234, r.o. 2.1. Bij eiser 1 werd PTSS vastgesteld en bij eiser 2 een aanpassingsstoornis; voor beiden in een eindtoestand.

66 Rb. Amsterdam 19 juli 2000, LJN: AA6551, r.o. 7.1.3; Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2002, 233, r.o. 25; Rb. Haarlem 23 juli 2007, LJN: AE6438, r.o. 5.5; Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN: AH9234, r.o. 2.4.

67 Rb. Haarlem 23 juli 2007, LJN: AE6438, r.o. 5.9. Het kind had als tienjarige ervaren hoe haar moeder gewond en bekeld in het autowrak op hulp moest wachten en nadien is overleden. De rechtbank moest beoordelen in welke mate 'normale' leeftijd- en persoonlijkheidskenmerken, het overlijden en genoemde ervaring hadden bijgedragen aan de klachten van het kind. Dat resulteerde in een toewijzing van € 25.000 smartengeld (in plaats van de gevorderde € 35.000).

68 Rb. Amsterdam 19 juli 2000, LJN: AA6551, r.o. 7.1.3; Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2002, 233, r.o. 25; Rb. Middelburg 25 juni 2003, LJN: AH9234, r.o. 2.4.

69 Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2002, 233, r.o. 25.

criteria moet er bij PTSS die verband houdt met ernstig letsel of overlijden (als er geen sprake is geweest van een eigen waarneming van het ongeval) echter wel sprake zijn van een *directe* confrontatie met de gevolgen daarvan. Hoewel de precieze betekenis van 'een directe confrontatie' nog onduidelijk is, wordt hieronder niet de confrontatie verstaan die uitsluitend bestaat uit het vernemen dat een dierbare ernstig letsel heeft opgelopen of is overleden (ervan uitgaande dat deze verbale informatie juist is en op correcte wijze werd overgebracht). Die komt, met andere woorden, juridisch niet voor het recht op schadevergoeding in aanmerking. De precieze redenen voor de uitsluiting van juist deze groep slachtoffers is niet duidelijk. Van deze slachtoffers kan niet worden gezegd dat ze minder risico hebben op PTSS dan mensen die direct zelf slachtoffer worden van een ongeval. Uit onderzoek blijkt nu juist dat PTSS ook kan volgen op zulke 'indirecte' schokkende gebeurtenissen. We noemden als voorbeelden het vernemen dat een dierbare betrokken was bij een ernstig ongeval of een ernstig misdrijf heeft meegemaakt, zoals seksueel misbruik. Op basis van verkregen informatie kan een voorstelling van zulke gebeurtenissen worden gemaakt, die vervolgens herbelevingen, nachtmerries en andere PTSS-symptomen teweegbrengt. Deze verscheidenheid aan gebeurtenissen wordt weergegeven in de definitie van een 'traumatische ervaring' in de DSM-IV. Vanuit de klinische psychologie gezien is de eerste presumptie dus beperkt: ook de verbale overdracht van informatie over een ongeval dat tot aansprakelijkheid heeft geleid, kan PTSS teweegbrengen.

De tweede presumptie (geestelijk letsel vloeit voort uit een 'hevige emotionele schok') is niet verenigbaar met empirisch onderzoek dat laat zien dat geestelijk letsel ook kan voortvloeien uit schokkende ervaringen waarbij er geen sprake was van een hevige emotionele schok (dat wil zeggen 'intense angst, hulpeloosheid of afschuw'). In DSM-5 wordt dit criterium van een hevige emotionele schok tijdens of vlak na de gebeurtenis waarschijnlijk verwijderd. Onderzoeken hebben aangetoond dat er een lineair verband is tussen de ernst van de posttrauma psychische problemen en de ernst van de schokkende gebeurtenis en dat subjectieve maten van angst of ervaren dreiging betere voorspellers zijn van PTSS-symptomen dan objectieve maten van gevaar. Er zijn echter ook onderzoeken waaruit blijkt dat ernstige PTSS-symptomen kunnen ontstaan zonder dat er sprake is van een hevige emotionele schok tijdens of vlak na de traumatische gebeurtenis. Dat blijkt onder andere uit gevallen waarin slachtoffers geen intense angst ervoeren, maar schaamte of woede, en gevallen waarin slachtoffers geen herinneringen hadden aan het ongeval. Bij strikte handhaving van de veronderstelling van de Hoge Raad worden de genoemde slachtoffers met klinisch-relevante PTSS-symptomen dus buitengesloten.

De derde presumptie (shockschade ontstaat vooral als men een nauwe affectieve relatie heeft met direct daarbij betrokkenen) is op zichzelf ook in overeenstemming met bevindingen vanuit de klinische psychologie. Wel moet worden benadrukt dat PTSS eveneens voorkomt bij mensen die zien dat een onbekende gewond raakt of overlijdt.

De vierde presumptie, namelijk dat het mogelijk is om vast te stellen in welke mate psychisch leed voortkomt uit schok- en/of affectieschade, lijkt, als het erom gaat dit klinisch vast te stellen, onjuist. Bij herhaling wordt in schadeprocedures door psychologen en psychiaters verklaard dat het naar de maatstaven van hun discipline niet verantwoord is om deze mate aan te geven. Het ontbreken van een klinisch oordeel leidt in sommige gevallen, veelal strafzaken, tot een opmerkelijk resultaat: aan slachtoffers die kampen met de traumatische gebeurtenis en het verlies van een dierbare wordt een vergoeding van slechts 50% van de schade toegekend. Men wordt dus gekort zonder medische reden. Het is wrang om zonder deskundigenoordeel, en zelfs in de wetenschap dat dit klinisch niet is vast te stellen, tot die conclusie te komen.

5 OVERKOPELENDE CONCLUSIE

Het is goed te benadrukken dat wij hier niet beweren dat de juridische (normatieve) maatstaven voor het recht op schadevergoeding en de psychologische maatstaven voor (en inzichten in) PTSS een-op-een zouden moeten gaan. Wij willen ook niet impliceren dat de juridische maatstaven, waarvan we lieten zien dat ze restrictiever zijn dan de criteria voor PTSS, om die reden aanpassing zouden behoeven. Dat zou kort door de bocht zijn: de criteria voor een diagnose, bijvoorbeeld, zijn bedoeld voor de beoordeling van een medisch ziektebeeld en zijn (dus) niet vanzelfsprekend toepasbaar als criteria voor het vestigen van aansprakelijkheid en/of de beoordeling van de gegrondheid van schadeclaims. De criteria van de Hoge Raad die wij hebben besproken zijn zuiver normatieve criteria, die nodig zijn om (de kring van gerechtigden inzake) het recht op schadevergoeding af te bakenen.

Wat wij, het voorgaande overziende, wel overkoepelend willen concluderen (na de hiervoor al besproken specifieke conclusies ten aanzien van de presumpties, die uit ons onderzoek naar voren zijn gekomen), is het volgende:

1. Indien een bepaalde deelcategorie van slachtoffers recht op schadevergoeding wordt geboden en een andere deelcategorie van slachtoffers juist van dat recht op schadevergoeding wordt uitgesloten, dan vraagt dit om een goede reden.
2. In het *Taxibus*-arrest heeft de Hoge Raad vereisten geformuleerd voor het recht op schadevergoeding van slachtoffers wier shockschade het gevolg is van de confrontatie met ernstig letsel dan wel overlijden van een ander.
3. In het *Vilt*-arrest bevestigt de Hoge Raad dat deze categorie slachtoffers op die grond uitsluitend recht heeft op schadevergoeding binnen de grenzen van de vereisten van het *Taxibus*-arrest.
4. Deze terughoudendheid vindt volgens de Hoge Raad zijn reden in het wettelijk systeem van artikel 6:106-108 BW: dit wettelijk systeem laat het ter zijde stellen of afzwakken

van het *Taxibus*-vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met de gevolgen ervan op de enkele grond dat het ernstig letsel of overlijden van een dierbare *opzettelijk* is veroorzaakt niet toe.

5. Op basis van het *Vilt*-arrest wordt aangenomen dat bij ouders van door een misdrijf omgekomen kinderen die dit misdrijf niet rechtstreeks zelf hebben waargenomen, doch uitsluitend achteraf via verbale overdracht (en evt. via lijkschouwing, berichten uit media en dergelijke) per definitie geen sprake is van de voor het recht op schadevergoeding vereiste confrontatie.
6. Als deze uitleg juist is, dan impliceert dit dat deze slachtoffers vanwege deze wijze van confrontatie, te weten verbaal en achteraf, zijn uitgesloten van het recht op schadevergoeding (en het lijkt erop dat dit thans de heersende visie is).
7. Het onderscheid dat bij deze uitleg rechtens zou worden geïntroduceerd (te weten: tussen eigen waarneming van de gebeurtenis waardoor het ernstig letsel of overlijden wordt veroorzaakt, waarvoor het wettelijk systeem van art. 6:106-108 BW *wel* bescherming toelaat, en – anderzijds – de puur verbale overdracht van die gebeurtenis, die dan dus door dit wettelijk systeem *niet* zou worden beschermd) behoeft, gelet op de verstrekende rechtspositionele consequenties ervan voor slachtoffers met shockschade (en de rechtsongelijkheid die dit kan impliceren) onderbouwing.
8. Zo'n categorische uitsluiting van slachtoffers die PTSS hebben opgelopen na verbale overdracht van een traumatische gebeurtenis kan niet worden onderbouwd met psychologische inzichten: er zijn geen verschillen gedocumenteerd tussen mensen die PTSS ontwikkelen na verbale overdracht respectievelijk na directe blootstelling aan een traumatische gebeurtenis.
9. Statistisch gezien is bijvoorbeeld de kans op PTSS na een ernstig verkeersongeval (waarvoor het recht op schadevergoeding openstaat) kleiner dan na het (verbale) bericht dat een dierbare een schokkende gebeurtenis heeft meegemaakt.
10. Dit laatste betekent – nogmaals – geenszins dat de juridische criteria, althans zoals uitgelegd bij punt 5, aanpassing behoeven, maar *wel* dat deze inzichten en de door ons genoemde criteria en inzichten uit de psychologie – des te meer – vragen om argumentatie of onderbouwing van het aldus gemaakte onderscheid.

Los van het voorgaande lijkt het ons wenselijk om ouders die door een ernstig misdrijf hun kind verliezen, zoals in de *Vilt*-zaak, de *Braderic*-zaak en de zaak *Nadia van de Ven*, niet categorisch van het recht op schadevergoeding uit te sluiten, enkel vanwege het ontbreken van hun eigen waarneming van het gebeuren. Wij hopen dat ook de rechtspraak van de Hoge Raad hier ruimte voor schadevergoeding zal laten bestaan.

LITERATUUR

Ales 2007

A. Ales, 'Ruim vijf jaar na het Taxibus arrest', *PIV-bulletin* 2007, p. 7-13.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom 2003.

Bowman 1999

M.L. Bowman, 'Individual differences in posttraumatic stress: Problems with the DSM-IV model', *Canadian Journal of Psychiatry*, 1999, 44, p. 21-33.

Breslau 1998

N. Breslau, 'Epidemiology of trauma and posttraumatic stress disorder', in: R. Yehuda (red.), *Psychological trauma*, Washington, DC: American Psychiatric Press 1998, p. 1-19.

Brewin 2003

C.R. Brewin, *Posttraumatic stress disorder: Malady or myth?*, New Haven, CT: Yale University Press 2003.

Brewin, Andrews & Rose 2000

C.R. Brewin, B. Andrews & S. Rose, 'Fear, helplessness, and horror in posttraumatic stress disorder: Investigating DSM-IV criterion A2 in victims of violent crime', *Journal of Traumatic Stress*, 2000, 13, p. 499-509.

Brewin, Andrews & Valentine 2000

C.R. Brewin, B. Andrews & J.D. Valentine, 'Meta-analysis of risk factors for posttraumatic stress disorder in trauma-exposed adults', *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2000, 68, p. 748-766.

Bryant et al. 2000

R.A. Bryant et al., 'Posttraumatic stress disorder after severe traumatic brain injury', *American Journal of Psychiatry*, 2000, 157, p. 629-631.

Burkett & Whitley 1998

B.G. Burkett & G. Whitley, *Stolen valor: How the Vietnam generation was stolen of its heroes and its history*, Dallas: Verity Press 1998.

Crombag & Merckelbach 1996

H.F.M. Crombag & H.L.G.J. Merckelbach, *Hervonden herinneringen en andere misverstanden*, Amsterdam: Uitgeverij Contact 1996.

Dohrenwend et al. 2006

B.P. Dohrenwend et al., 'The psychological risks of Vietnam for U.S. Veterans: A revisit with new data and methods', *Science*, 2006, 313, p. 979-982.

Ehlers & Clark 2000

A. Ehlers & D.M. Clark, 'A cognitive model of posttraumatisch stress disorder', *Behaviour Research and Therapy*, 2000, 38, p. 319-345.

Emaus 2011

P.B. Emaus, 'De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest', *AV&S* 2011, p. 63-71.

Engelhard, Van den Hout & Schouten 2004

I.M. Engelhard, M.A. van den Hout & E. Schouten, 'Verband tussen neuroticisme en laag opleidingsniveau en de kans op posttraumatische stress-stoornis bij vrouwen na een miskraam of doodgeboorte', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 2004, 148, p. 2540-2544.

Engelhard, Arntz & Van den Hout 2006

I.M. Engelhard, A. Arntz & M.A. Van den Hout, 'Ook angstpatiënten zonder PTSS hebben last van PTSS symptomen', *Directieve Therapie*, 2006, 26, p. 58-65.

Engelhard, Van den Hout & Weerts 2007

I.M. Engelhard, M.A. van den Hout & J. Weerts, 'Stress en trauma na een militaire uitzending in Irak', *De Psycholoog*, 2007, 42, p. 649-653.

Engelhard, Van den Hout, Weerts, Arntz, Hox & McNally 2007

I.M. Engelhard, M.A. Van den Hout, J. Weerts, A. Arntz, J.C.M. Hox & R.J. McNally, 'Trauma and stress in Dutch soldiers deployed to Iraq: A prospective study', *British Journal of Psychiatry*, 2007, 191, p. 140-145.

Engelhard 2008

E.F.D. Engelhard, 'Visie op (recente rechtspraak over) de Taxibus-criteria conform recente klinische inzichten', *Vermogensrechtelijke Annotaties (VrA)* 2008, vol. 1, p. 20-46.

Engelhard 2008

E.F.D. Engelhard, 'Opzettelijke levensberoving en shockschade', *NTBR* 2008, p. 307-309.

Engelhard, Van den Hout & McNally 2008

I.M. Engelhard, M.A. Van den Hout & R.J. McNally, 'Memory consistency for traumatic events in Dutch soldiers deployed to Iraq', *Memory*, 2008, 16, p. 3-9.

Engelhard, Van den Hout, Weertz, Hox & Van Doornen 2009

I.M. Engelhard, M.A. Van den Hout, J. Weerts, J. Hox & L.J.P. Van Doornen, 'A prospective study of the relation between posttraumatic stress and physical health symptoms', *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 2009, 9, p. 365-372.

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, 'Over het hek van de dam bij "derdenschade"', in: D. de Prins & B. Drexhage et al. (eds.), preadvies, in: *Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Den Haag: Bju 2010, p. 325-373.

Foa & Rothbaum 1998

E.B. Foa & B.O. Rothbaum, *Treating the trauma of rape*, New York: Guilford Press 1998.

Friedman, Resick, Bryant & Brewin 2011

M.J. Friedman, P.A. Resick, R.A. Bryant & C.R. Brewin, 'Considering PTSD for DSM-5', *Depression and Anxiety*, 2011, 28, p. 1-20.

Frueh et al. 2000

B.C. Frueh et al., 'Apparent symptom overreporting in combat veterans evaluated for PTSD', *Clinical Psychology Review*, 2000, 20, p. 853-885.

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with Care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom 2005.

Kessler et al. 1995

Kessler et al., 'Posttraumatic stress disorder in the National Comorbidity Study', *Archives of General Psychiatry*, 1995, 52, p. 1048-1060.

Kottenhagen 2010

R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade en het vereiste van de directe confrontatie – een gemiste kans', *NTBR* 2010, p. 341-351.

Lindenbergh & Van der Zalm 2010

S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, 'Shockschade', *TVP* 2010, p. 17-22.

March 1993

J.S. March, 'What constitutes a stressor?', in: J.R.T. Davidson & E.B. Foa (red.), *Posttraumatic stress disorder: DSM-IV and beyond*, Washington, DC: American Psychiatric Press 1993, p. 37-54.

McNally 2003

R.J. McNally, *Remembering trauma*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2003.

Mol et al. 2005

S.S.L. Mol et al., 'Symptoms of post-traumatic stress disorder: evidence from an open population study', *British Journal of Psychiatry*, 2005, 186, p. 494-499.

Noordhoorn Boelen 2012

W.E. Noordhoorn Boelen, 'Schending van een verkeers- of veiligheidsnorm; wel of niet een vereiste voor toekenning van shockschade?', *TVP* 2012, p. 130-136.

Olff & De Vries 2005

M. Olff & G.J. De Vries, 'Prevalence of trauma and PTSD in the Netherlands', presentatie bij European Conference on Traumatic Stress, Stockholm 2005.

Orr & Roth 2000

S.P. Orr & W.T. Roth, 'Psychophysiological assessment: clinical applications for PTSD', *Journal of Affective Disorders*, 2000, 61, p. 225-240.

Pitman & Orr 2003

R.K. Pitman & S.P. Orr, 'Forensic laboratory testing for post-traumatic stress disorder', in: R.I. Simon (ed.), *Posttraumatic Stress Disorder in Litigation: Guidelines for Forensic Assessment*, 2nd Ed., Washington, DC: American Psychiatric Press 2003, p. 207-223.

Rijnhout 2012

R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2012.

Rijnhout & Giesen 2011

R. Rijnhout & I. Giesen, 'Rechterlijke "ongehoorzaamheid" en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?', *WPNR* 2011, p. 35-37 (6870).

Schwarz, Kowalski & McNally 1993

E.D. Schwarz, J.M. Kowalski & R.J. McNally, 'Malignant memories: Post-traumatic changes in memory in adults after a school shooting', *Journal of Traumatic Stress*, 1993, 6, p. 545-553.

Stone 1993

A.A. Stone, 'Post-traumatic stress disorder and the law: Critical review of the new frontier', *Bulletin American Academy of Psychiatry and Law*, 1993, 21, p. 23-36.

Van Tilburg 2004

W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater', *VR* 2004, p. 7-12.

Verheij 1998

A.J. Verheij, 'Vergoeding van affectieschade', *NTBR* 1998, p. 324-332.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Withuis 2002

Withuis, J., *Erkenning. Van oorlogstrauma naar klaagcultuur*, Amsterdam: De Bezige Bij 2002.

19 DE ONRECHTMATIGE DAAD VAN ZUIVER NALATEN EN HET GEDRAG VAN OMSTANDERS

Juridisch en psychologisch nader bekeken

S.B. Pape

SAMENVATTING

Deze bijdrage stelt de aansprakelijkheid voor zuiver nalaten centraal. Het klassieke voorbeeld van zuiver nalaten betreft het niet redden van een drenkeling. Ten eerste wordt aan de hand van literatuur en rechtspraak besproken onder welke voorwaarden het nalaten om hulp te verlenen aan een vreemde tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt. Daarnaast besteed ik aandacht aan de vragen waarom en wanneer mensen hulp bieden aan een vreemde in nood. Voor deze kennis ga ik te rade bij de sociale psychologie. Vervolgens wordt een terugkoppeling gemaakt naar het juridische. Aan de hand van de kennis van de psychologie op het gebied van hulpverlening, wordt opnieuw gekeken naar de vereisten voor onrechtmatig zuiver nalaten en wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het bystander-effect een rol dient te spelen bij het aannemen van aansprakelijkheid.

1 INLEIDING

Een man verdrinkt nadat hij in de Nieuwe Maas te Rotterdam was gesprongen om een 12-jarige jongen te redden.¹ Een vrouw wordt in het bijzijn van anderen op het station beroofd van haar telefoon, maar niemand houdt de dief tegen.² Omstanders redden een automobilist die van de weg afraakte en in een sloot belandde.³ Iemand wordt overvallen, maar niemand grijpt in.⁴ Ambulancepersoneel dat hulp verleent, wordt aangevallen door omstanders.⁵ Dit zijn slechts enkele voorbeelden van situaties waarin omstanders aanwezig zijn en waarin hulpverlening gewenst is. De ene persoon besluit tot actie over te gaan, terwijl de andere passief blijft. Hoe kan dit gedrag worden verklaard?

1 Te vinden op: www.nu.nl/binnenland/2821220.

2 Te vinden op: www.infopolitie.nl/criminaliteit/2597.

3 Te vinden op: www.nos.nl/artikel/425394.

4 Te vinden op: www.binnenland.nieuws.nl/528634.

5 Te vinden op: www.nu.nl/binnenland/2882621.

Geen hulp verlenen aan een ander in problemen kan zowel strafrechtelijk als privaatrechtelijk worden gesanctioneerd. Betekent dit dat de omstanders in de genoemde gevallen die met hun handen in de broekzak bleven staan hiervoor aansprakelijk kunnen worden gehouden door het slachtoffer of zelfs door de nabestaanden van het slachtoffer?

Uit de praktijk komen geluiden dat politie en ook politiek zich regelmatig druk maken over de onbereidheid van omstanders om te helpen. In een samenleving waarin individualisering groeit en sociale controle afneemt, is de roep om burgeringrijpen hoorbaar. Zou hier ook een taak kunnen zijn weggelegd voor het civiele aansprakelijkheidsrecht? Het is immers wenselijk te noemen burgers te prikkelen in te grijpen indien een ander in nood verkeert.

Onrechtmatig gedrag bestaande in zuiver nalaten, en daar gaat het hier over, wordt doorgaans niet snel aangenomen door de civiele rechter. De voorwaarden lijken stringenter dan in geval van onrechtmatig actief gedrag. Wat is de ratio hiervan? Kunnen er argumenten uit de sociale psychologie worden gehaald ter rechtvaardiging van de terughoudendheid van aansprakelijkheid voor zuiver nalaten? Noopt de verworven psychologische kennis tot een aanvullen en/of verbeteren van de criteria? Of, en zo ja op welke wijze zou een rechter bij de beoordeling van onrechtmatigheid rekening moeten houden met het bystander-effect?

Deze vragen zullen in de kern van deze bijdrage (par. 4) behandeld worden. Alvorens ik hieraan toekom, bespreek ik in paragraaf 2 wanneer het niet bieden van hulp aan een vreemde tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt. In paragraaf 3 besteed ik aandacht aan de vragen waarom en wanneer mensen hulp bieden aan een vreemde in nood. Voor deze kennis ga ik te rade bij de sociale psychologie.

2 ZUIVER NALATEN EN CIVIELE AANSPRAKELIJKHEID

2.1 *Onrechtmatig handelen en nalaten*

Uit de inleiding kwam al naar voren welk type gedragingen in deze bijdrage centraal staat. Het betreft die situaties waarin een vreemde in een noodsituatie verkeert en de ander, een voorbijganger of omstander, nalaat hulp te verlenen. Aan welke voorwaarden moet zijn voldaan zodat achteraf aansprakelijkheid kan worden gevestigd op een persoon zoals hiervoor genoemd die niets deed?

Voordat ik hier verder op inga, sta ik eerst even stil bij hoe gedragingen, en voornoemd gedrag in het bijzonder, in het aansprakelijkheidsrecht worden aangeduid. Het is duidelijk dat zowel een actief handelen als een nalaten gedragingen zijn die als onrechtmatige daad conform artikel 6:162 lid 2 BW kunnen worden aangemerkt. Net zoals dat het in het leven roepen van een risico jegens een ander niet automatisch leidt tot onzorgvuldigheid en

onrechtmatigheid, zo kan het laten voortbestaan van een risico ook niet per definitie als onrechtmatig worden bestempeld. Tevens is duidelijk dat een aansprakelijkheid voor nalaten een voorafgaande verplichting tot een doen veronderstelt.⁶ Anders gezegd, je hebt iets niet gedaan waartoe je verplicht was en daar moet je de consequenties van dragen.

De gedraging die in deze bijdrage centraal staat, gaat uit van een speciale vorm van nalaten die in de Nederlandse literatuur omschreven wordt als een 'zuiver' nalaten.⁷ Zuiver nalaten onderscheidt zich van een 'gewoon' nalaten. Gewoon nalaten verwijst naar die situaties waarin de nalatige niet zelf de gevaarlijke situatie in het leven heeft geroepen, maar doordat er sprake is van een bijzondere, anterieure relatie, rust er een zekere verantwoordelijkheid op de nalatige. Van Dam benoemt een aantal belangrijke relaties, zoals de reeds bestaande relatie van de aangesprokene met de onroerende zaak waar het gevaar zich manifesteert, met de roerende zaak die het gevaar veroorzaakte, met het slachtoffer, en met de dader.⁸ Van zuiver nalaten is sprake indien de nalatige niet zelf actief betrokken is geweest bij het ontstaan van de gevaarlijke situatie. Bovendien ontbreekt bij zuiver nalaten een speciale relatie met het slachtoffer, een zaak of de dader.⁹ Het klassieke voorbeeld van zuiver nalaten betreft het niet redden van een drenkeling.

Volledigheidshalve merk ik op dat academici hier nog een derde vorm van nalaten aan toevoegen. Het betreft die gevallen waarbij eenzelfde gedraging als een actieve handeling én als een nalaten kan worden gekwalificeerd.¹⁰ Het zijn verplichtingen tot een doen die gebaseerd zijn op een eerder doen, en dat is wat zorgt voor onduidelijkheid. Het is dus lood om oud ijzer of dit gedrag wordt aangemerkt als een actief handelen of een als vorm van nalaten.

Het Struikelende broodbezorger-arrest

Voor nalaten, in het bijzonder voor zuiver nalaten, is van belang het klassieke *Struikelende broodbezorger*-arrest.¹¹ In deze zaak struikelde broodbezorger De Coninck over een touwtje en liep daarbij ernstig letsel op. Hij was op weg naar de woning van de familie Heddema met zijn bakkersmand aan zijn arm. Het touwtje was gespannen boven het voetpad naar de voordeur van de familie. De 4-jarige en 5-jarige kinderen Heddema waren

6 Tjong Tjin Tai 2007, p. 2540; Van Dam 1995, p. 1.

7 Spier e.a. 2009, p. 58; Van Dam 1995, p. 48; Van Dam 2000, p. 439; Tjong Tjin Tai 2007, p. 2543. Zie tevens over dit onderwerp de dissertatie van Kortmann 2005 en de oratie van Smits 2000.

8 Van Dam 1995, p. 48.

9 Van Dam 1995, p. 94; Van Dam 2000, p. 439; Tjong Tjin Tai 2007, p. 2540. Anders: Giesen 2004, p. 6, 17. Giesens definitie van zuiver nalaten is ruimer en omvat ook die gevallen van nalaten waarin wel een speciale relatie aanwezig is.

10 Van Dam 1995, p. 47; Tjong Tjin Tai 2007, p. 2541. Denk aan het voorbeeld van een producent die onzorgvuldig handelt door een gebrekkig product te fabriceren. Dit handelen kan ook als een nalaten worden beschouwd, omdat bijvoorbeeld de producent heeft nagelaten een bepaalde ontwerpmaatregel te implementeren.

11 HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (*Struikelende broodbezorger*).

op dat moment daar aan het spelen. De vraag was of de kinderen een onrechtmatige daad hadden gepleegd door na te laten de bakker te waarschuwen of door na te laten het door hen waargenomen touwtje te verwijderen. Het was niet vast komen te staan dat zij het touwtje zelf hadden gespannen. De Hoge Raad overwoog dat het Hof ten onrechte had aangenomen dat de kinderen onrechtmatig hadden gehandeld. De Hoge Raad kwam tot deze beslissing op basis van het volgende:

‘Van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarssituatie, voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, kan in het algemeen ook voor volwassenen alleen sprake zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet.’

Zoals Van Dam opmerkt, brengt de Hoge Raad hier een onderscheid. Het betreft de verplichting van een persoon die enerzijds wel een speciale relatie heeft met het slachtoffer of de plaats, en anderzijds niet.¹² Uit dit onderscheid komt naar voren dat bij zuiver nalaten de voorwaarden voor onrechtmatigheid stringenter zijn dan in andere gevallen van nalaten of actief handelen. De Hoge Raad stelt namelijk in de gevallen van zuiver nalaten hoge eisen aan de concrete kennis van de waarnemer ten aanzien van het gevaar. Deze voorwaarde van ‘daadwerkelijk bewust zijn’ geldt niet voor die verplichtingen tot ingrijpen, die gebaseerd zijn op het bestaan van een speciale relatie met het slachtoffer of de plek des onheils.¹³

Het stellen van deze eis impliceert het gebruik van een subjectieve toets. Normaal gesproken wordt in het aansprakelijkheidsrecht gebruikgemaakt van een objectieve toets om te bepalen of de aansprakelijk gestelde verwijtbaar heeft gehandeld. De kennis en kunde van de aangesprokene worden vergeleken met die van de gemiddelde mens: wat behoort hij te weten en te doen onder deze omstandigheden van het geval? Bij een subjectieve toets neemt de rechter echter de persoonlijke kennis, capaciteiten en beperkingen van de aangesprokene tot uitgangspunt voor zijn beslissing. Bij zuiver nalaten had de nalatige slechts de schade kunnen voorkomen indien hij zich op dat moment ervan bewust was. Ontbreekt dit bewustzijn, dan heeft het weinig zin om te eisen voor aansprakelijkheid dat dit aanwezig had behoren te zijn. Het aansprakelijkheidsrecht zou niet mogen verwachten van eenieder om constant oplettend te zijn naar wat er in de omgeving gebeurt en om continue in de

12 Van Dam 1995, p. 42. Zoals bleek uit par. 2.1 zijn er nog meer van dit soort speciale relaties te noemen.

13 Van Dam 1995, p. 42; Van Dam 1995, p. 439. Zie tevens noot GJS onder het arrest.

startblokken te staan om hulp te verlenen waar dat nodig is. Hetzelfde geldt voor de vaardigheden van een waarnemer. Van iemand die geen zwemdiploma heeft, zou niet mogen worden verwacht dat hij een drenkeling achterna springt. Zoals reeds betoogd in de literatuur, is om die reden bij het vaststellen van aansprakelijkheid voor zuiver nalaten een subjectieve toets beter op zijn plaats.¹⁴ Wel zal het leveren van bewijs lastig zijn, omdat de rechter immers niet in het hoofd kan kijken van gedaagde.¹⁵ Ook bij strafrechtelijke aansprakelijkheid is het daadwerkelijk bewustzijn van het gevaar een harde eis. Op grond van artikel 450 Sr moet hij waarnemingsgetuige zijn van onmiddellijk dreigend gevaar. Op deze strafbepaling kom ik in paragraaf 4 nog terug.

De criteria voor zuiver nalaten

Na de struikelende broodbezorger is er geen andere persoon in nood geweest die zuiver nalaten weer zo onder de aandacht van de Hoge Raad heeft gebracht. Wel is in de literatuur verdere ontwikkeling gegeven aan de maatstaf voor het beantwoorden van de vraag wanneer iemand aansprakelijk is in een geval van zuiver nalaten.¹⁶ Dit is wenselijk, omdat het nog ontbrak aan een maatstaf. Het enkel vereisen van bewustzijn is onvoldoende om tot een oordeel van onrechtmatigheid komen. Daar is meer voor nodig.

Met name Van Dam heeft gezorgd voor uitwerking van de Nederlandse maatstaf. Hij heeft vier voorwaarden geformuleerd die ook in de literatuur worden aangehaald en gebruikt.¹⁷ De eerste voorwaarde is afgeleid van het hiervoor genoemde standaardarrest en het betreft het hebben van concrete kennis van de gevaarlijke situatie. Ten tweede moet de nalatige over de mogelijkheid hebben beschikt om de gevaarlijke situatie te vermijden of te beëindigen. Het gaat hier om de kunde om bepaalde handelingen te verrichten die het gevaar afwenden, zoals ook al in de paragraaf 2.2 naar voren is gebracht.¹⁸ Ten derde moeten de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen opwegen tegen de daarmee te bereiken vermindering of beëindiging van het dreigende gevaar. Tot slot moet de nalatige ervan bewust zijn dat de ander niet over die kennis of kunde beschikt of kan beschikken.¹⁹

Hoewel niet elke jurist ook het nalaten een gevaarlijke situatie op te heffen schaaft onder de term 'gevaarzetting'²⁰, en hoewel de Hoge Raad in het *Struikelende broodbezor-*

14 Tjong Tjin Tai 2007, p. 2543; Van Dam 2000, p. 263.

15 Deze moeilijkheid doet zich ook voor bij het vaststellen van bewuste roekeloosheid, bijvoorbeeld in de zin van art. 7:658 lid 2 BW.

16 Van Dam 1995, p. 97, 98; Schoordijk 1987.

17 Zie bijvoorbeeld Spier 2009, p. 59.

18 Tjong Tjin Tai 2006, p. 162.

19 Van Dam 1995, p. 98; Van Dam 2000, p. 447.

20 Volgens Spier 2009, p. 48 is van 'gevaarzetting' sprake indien iemand verantwoordelijk is voor het in het leven roepen van een gevaarlijke situatie waarbij schade dreigt voor personen of zaken, zonder dat daarbij de nodige voorzorgsmaatregelen worden getroffen. Bij anderen (bijvoorbeeld Giesen 2005, p. 26, Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 6:162 BW, aant. 87.1.1) valt het laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie ook onder gevaarzetting.

ger-arrest niet expliciet verwijst naar de *Kelderluik*-toets, is toch duidelijk dat de vier kerncriteria van dit arrest onontbeerlijk zijn voor de beoordeling of het zuivere nalaten onrechtmatig was.²¹ Indien de omstander zich van de gevaarlijke situatie bewust is, dan wil dat nog niet zeggen dat automatisch een plicht op hem rust om in te grijpen. Dit antwoord vloeit voort uit een weging van de omvang van de zorg (de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen) tegenover het risico (ernst van de gevolgen en de kans op ongevallen). Had de grootte van het risico de nalatige moeten nopen tot het nemen van een of meerdere voorzorgsmaatregelen? Indien het antwoord bevestigend luidt, dan volgt onrechtmatigheid omdat er een rechtsplicht tot handelen was, welke is geschonden door het nalaten in te grijpen. De oplettende lezer ziet dat deze toets is geïncorporeerd in de derde voorwaarde van de maatstaf van Van Dam. In het onrechtmatige daadsrecht wordt met de bezwaarlijkheid van het nemen van een maatregel bedoeld de kosten, tijd en moeite die nodig zijn om de maatregel te nemen. Als vaste vuistregel geldt dat naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen minder bezwaarlijk is, er een sterkere gehoudendheid bestaat tot het treffen van die maatregelen.²²

Uit deze twee paragrafen kan de volgende conclusie worden getrokken. De eis van het daadwerkelijk bewust zijn van het gevaar is als het ware een instapvoorwaarde of eerste eis voordat de rechter toekomt aan toepassing van de *Kelderluik*-factoren om te bepalen of het zuivere nalaten onrechtmatig is. Dit maakt het aanvaarden van aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten moeilijker dan in geval van gewoon nalaten of handelen. Van onrechtmatig zuiver nalaten kan dus slechts sprake zijn wanneer de nalatige persoon concreet op de hoogte was van het gevaar en hij met deze kennis voorzorgsmaatregelen had moeten nemen om de schade af te wenden, maar dat niet deed. Deze voorzorgsmaatregelen bij zuiver nalaten kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het slachtoffer waarschuwen, 112 bellen of de gevaarlijke situatie opheffen door direct assistentie te verlenen.

Ratio achter terughoudendheid

In geval van aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten is het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht dus wat strenger. Hoe kan dat worden gerechtvaardigd? Zuiver nalaten is een geval apart. Bij zuiver nalaten heeft de nalatige niet zelf de gevaarlijke situatie in het leven geroepen. Hem kan slechts verweten worden dat hij de schade onvoldoende heeft beperkt. Bovendien maakt de afwezigheid van een reeds bestaande speciale relatie van de nalatige met de zaak, de dader of het slachtoffer het zuiver nalaten nog specialer dan andere vormen van gedrag. Dit betekent dat de rechtvaardiging voor het aannemen van aansprakelijkheid niet kan worden gebaseerd op een dergelijke relatie en op de verantwoordelijkheid die daaruit voortvloeit. Deze verantwoordelijkheid brengt normaliter met zich mee dat niet

²¹ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*).

²² Spier 2009, p. 49.

het slachtoffer, maar hij degene is die over een bepaalde kennis en kunde beschikt of behoort te beschikken. Via het aansprakelijkheidsrecht wordt zo de zwakkere partij beschermd tegen de sterkere.²³

In de literatuur zijn verschillende argumenten aangevoerd voor het aannemen en afwijzen van aansprakelijkheid voor zuiver nalaten. Bestudering van deze argumenten kan zinvol zijn voor het begrijpen van waarom zuiver nalaten anders wordt beoordeeld. Veel van de argumenten worden ontleend aan de discussie in andere landen waar men terughoudend(er) is of waar zelfs de plicht in het geheel niet wordt aanvaard.²⁴

Een eerste en belangrijk argument dat een verklaring biedt voor de terughoudendheid, heeft betrekking op de vrijheid van de mens om zelf te bepalen om te handelen of niet. Een verplichting opleggen om te doen (zoals ingrijpen in een noodgeval) maakt inbreuk op deze vrijheid en dat wordt in het algemeen bezwaarlijker gevonden dan het opleggen van een verplichting om bepaald actief handelen achterwege te laten.²⁵ Het Wetboek van Strafrecht is illustratief: je mag niet stelen, verkrachten, moorden. Met andere woorden, het omvat voornamelijk verbodsbepalingen (commissiedelicten) en weinig gebodsbepalingen (omissiedelicten).²⁶

Een ander rechtspoliteik argument voor afwijzing of voor terughoudendheid is gelegen in de angst dat, indien aansprakelijkheid voor zuiver nalaten (gemakkelijk) wordt aangenomen, dit een te vergaande juridisering van menselijk handelen tot gevolg heeft.²⁷ Slachtoffers zouden in situaties die nauwelijks gevaarlijk zijn al een ander aansprakelijk kunnen houden voor het niet verlenen van hulp. Dit zet de sluizen van aansprakelijkheid open; een toename van het aantal claims en de succesvolle afhandeling daarvan. Dit wordt het 'floodgates'-argument genoemd.²⁸ Het kan vervolgens 'defensive conduct' teweegbrengen, wat betekent dat potentiële hulpverleners gevaarlijke situaties eerder zullen mijden dan opzoeken.²⁹ Rechtseconomen hebben ook hun vrees geuit dat het aanvaarden van aansprakelijkheid zelfs kan leiden tot het uitroeien van puur altruïstisch gedrag.³⁰

23 Van Dam 1995, p. 98.

24 Zie voor een bespreking van verschillende rechtsstelsels: Van Dam 1995, p. 94 e.v.; Van Dam 2000, p. 442; Giesen 2004, p. 8 e.v.

25 Bijvoorbeeld Van Dam 1995, p. 106; Tjong Tjin Tai 2007, 2541; Giesen 2004, p. 7, 19.

26 De Hullu 2009, p. 76.

27 Vgl. Spier 2009, p. 58.

28 Giesen 2004, p. 7.

29 Giesen 2004, p. 8.

30 Zie Faure 2011, p. 192.

3 PROSOCIAAL GEDRAG

3.1 *De sociale psychologie als informatiebron*

In deze paragraaf verlaat ik het juridische terrein en ik sla even een andere weg in, die van de sociale psychologie. Deze wetenschap houdt zich bezig met de bestudering van de wisselwerking tussen het individu en diens sociale omgeving.³¹ Deze tak van de psychologie kan inzichten geven in hoe personen reageren op mensen die in nood verkeren en op welke wijze hun interpretatie van de sociale omgeving deze reactie kan beïnvloeden. Denk bijvoorbeeld aan de volgende onderzoeksvraag die het hart van menig sociaalpsycholoog sneller doet laten kloppen: speelt de hoeveelheid aanwezigen een rol bij de vraag of iemand een ander die in nood verkeert helpt en zo ja: waarom?

Ik maak dit uitstapje, omdat deze inzichten omtrent hulpverlenend gedrag waardevol kunnen zijn voor het beter begrijpen en het nader invullen van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm die verplicht een vreemde in nood te helpen. Bovendien kunnen de inzichten helpen bij het zoeken naar een verklaring en rechtvaardiging voor waarom het civiele aansprakelijkheidsrecht voorzichtig is met het aannemen van aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten.

Altruïsme en egoïsme

Iemand helpen wordt in de sociale psychologie ‘prosociaal gedrag’ genoemd. Prosociaal gedrag van een persoon kan ingegeven worden door eigenbelang, egoïsme. Het kan ook altruïstisch zijn, wat inhoudt dat de persoon een handeling verricht ten gunste van een ander zonder daar zelf enig belang of voordeel bij te hebben. Het kost meestal juist iets.³² Zo betaalde de redder uit de inleiding jammer genoeg de hoogste prijs, namelijk zijn leven. Hoe kan dit gedrag worden verklaard?

De meningen van sociaalpsychologen zijn verdeeld over of altruïsme echt bestaat of dat hulpverlenend gedrag van iemand altijd wel te maken heeft met het verhogen van het eigen welzijn, bijvoorbeeld iemand helpen omdat dat een mens een goed gevoel geeft.

In de sociale psychologie onderscheidt men in het algemeen drie fundamentele theorieën over waarom mensen helpen. Deze zullen hier de revue passeren. Binnen de evolutietheorie zoekt Darwin het antwoord in de genen. Helpen is volgens hem een instinctieve reactie om het welzijn te bevorderen van mensen die genetisch dicht bij ons staan. Tevens verklaren evolutionairpsychologen altruïsme met behulp van de wederkerigheidsnorm. Deze houdt in dat men verwacht dat het helpen van anderen de kans vergroot dat zij ons in de toekomst

31 Wijsman 2005, p. 14.

32 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 382.

zullen helpen.³³ Andere sociaalpsychologen zoeken hun verklaring met name in het dienen van het eigenbelang. De baten van het helpen van anderen wegen vaak op tegen de kosten, dus het loont om te helpen. Deze gedachtegang ligt ten grondslag aan de sociale uitwisselingstheorie.³⁴ Als laatste kan worden genoemd de theorie van Batson die overeenkomsten vertoont met laatstgenoemde theorie. Zijn empathie-altruïsmehypothese voorspelt dat wanneer we sterke empathie voelen voor iemand, we deze persoon proberen te helpen, zelfs als de kosten hoger zijn dan de baten.³⁵

Persoonskenmerken en omgevingskenmerken

Na kort stil te hebben gestaan bij de verklaringen voor waarom mensen helpen, wordt nu de focus gelegd op de omstandigheden waaronder mensen eerder wel geneigd zijn te helpen dan niet.

Onderzoeken hebben uitgewezen dat (altruïstische) persoonlijkheid,³⁶ geslacht,³⁷ culturele achtergrond³⁸ en gemoedstoestand³⁹ van individuen factoren zijn die invloed kunnen hebben op het antwoord of iemand hulp zal aanbieden.⁴⁰ Bovendien levert niet alleen de persoon zelf, maar ook de sociale situatie, de aard van de omgeving waarin mensen zich bevinden, een belangrijke bijdrage aan het antwoord op de vraag waarom mensen helpen.⁴¹ Zo kwam uit onderzoek naar voren dat mensen in kleine steden vaker vreemden helpen dan mensen in grote steden.⁴² Een bekende verklaring hiervoor biedt de *urban overload hypothesis*.⁴³ In tegenstelling tot mensen die op het plattenland wonen, worden mensen die in steden wonen voortdurend overspoeld door een scala aan prikkels. Als gevolg daarvan trekken ze zich in zichzelf terug om te voorkomen dat ze erdoor overweldigd worden. Vooral de hoge bevolkingsdichtheid, wat eerder in grote steden voorkomt, is sterk gerelateerd aan behulpzaamheid.⁴⁴

Maar ook in kleine steden of op het platteland kunnen mensen minder behulpzaam zijn dan op eerste gezicht gedacht. Een andere belangrijke situationele factor die namelijk kan voorspellen of iemand hulp zal bieden, is de hoeveelheid mensen die getuige zijn van de noodsituatie waarin een ander zich bevindt. Dit wordt het 'bystander-effect' (omstandereffect) genoemd: het verschijnsel dat wanneer hulp vereist is, de kans dat een van de

33 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 383.

34 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 385.

35 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 386.

36 Bijvoorbeeld Penner & Finkelstein 1998.

37 Bijvoorbeeld Eagly & Crowley 1987.

38 Bijvoorbeeld Levine, Norenzayan & Philbrick 2001.

39 Bijvoorbeeld Isen & Levin 1972.

40 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 389.

41 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 396.

42 Bijvoorbeeld Hedge & Yousif 1992.

43 Milgram 1970.

44 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 397.

aanwezig zal helpen kleiner is naarmate er meer mensen aanwezig zijn.⁴⁵ Dit verschijnsel wordt hierna nader besproken.

Het bystander-effect: nader bekeken

** De moord op Kitty Genovese*

De moord op Kitty Genovese in de jaren zestig was voor sociaalpsychologen Latané en Darly aanleiding om te onderzoeken hoe dit had kunnen gebeuren. Kitty was op brute wijze neergestoken in een steeg bij een appartementencomplex in New York. De aanval duurde wel 45 minuten lang. Achteraf werd bekend dat 38 bewoners van de appartementen het hulpgeroep hadden gehoord en dat zij naar hun ramen waren gesnel. Niemand van hen had echter geprobeerd Kitty te helpen, zelfs niet door middel van een belletje naar de politie.⁴⁶

Het vermoeden van de onderzoekers was dat het passieve gedrag van de omstanders niet zozeer te maken had met de stedelijke prikkels van New York of met het onverschillige karakter van de bewoners, maar eerder met de grootte van de groep omstanders. Om deze hypothese te toetsen deden Latané en Darly een aantal veld- en laboratoriumexperimenten die de schoolboeken ingingen als klassieke voorbeelden van het bystander-effect.⁴⁷ Later onderzoek herbevestigt dit vermoeden, alhoewel tevens onderzoeken zijn verricht die geen effect hebben waargenomen.⁴⁸ Uit deze laatstgenoemde onderzoeken kan voorzichtig de conclusie worden afgeleid dat de werking van het bystander-effect kan worden beïnvloed door de ernst van het dreigende gevaar van de noodsituatie. Naarmate de noodsituatie gevaarlijk wordt, neemt het bystander-effect af. Onderzoekers veronderstellen dat dit komt, doordat dergelijke ernstige situaties door de omstander duidelijk als een noodsituatie worden geïnterpreteerd als gevolg waarvan de kosten van het niet helpen stijgen. Om deze kosten te verminderen, helpt de persoon alsnog, ongeacht of andere mensen aanwezig zijn of niet.⁴⁹

Een van deze experimenten betreft het laboratoriumexperiment met betrekking tot het bieden van hulp aan iemand met een epileptische aanval.⁵⁰ Tijdens dit experiment verricht onder 72 studenten, moest elke proefpersoon plaatsnemen in een klein kamertje. Communicatie met andere proefpersonen verliep via de intercom. Hen was verteld dat het een groepsdiscussie betrof over de persoonlijke problemen behorende bij het studentenleven.

45 Reber 2005, p. 109; Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 399.

46 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 29.

47 Bijvoorbeeld Darley & Latané 1968; Latané & Darley 1968.

48 Bijvoorbeeld Latané & Nida 1981; Garcia e.a. 2002; Schwartz & Gottlieb 1976; Fischer e.a. 2006.

49 Fischer e.a. 2006, p. 276.

50 Darley & Latané 1968.

Elke deelnemer moest om de beurt zijn verhaal vertellen waarna discussie zou plaatsvinden. Tijdens de discussie kreeg een van de studenten plotseling last van wat klonk als een epileptische aanval. Hij schreeuwt om hulp en daarna wordt het stil. In werkelijkheid was er maar 1 proefpersoon en werd er een bandje afgespeeld met stemmen van 1 of meerdere andere proefpersonen, inclusief degene die een epileptische aanval krijgt. Het doel van het onderzoek was het meten van hoe snel de echte proefpersoon zou reageren op de noodsituatie, bijvoorbeeld door de onderzoeker te waarschuwen. Het totaal aantal personen dat volgens de werkelijke proefpersoon meedeed in de discussie varieerde van 2,⁵¹ tot 3 of 6 studenten. In de drie verschillende condities was het aantal omstanders dus 0, 1 en respectievelijk 4.

Overeenkomstig de vermoedens van Latané en Darley was het resultaat van de drie condities afhankelijk van het aantal omstanders dat volgens de echte proefpersoon aanwezig was. Het bystander-effect werd bevestigd. Toen de proefpersonen dachten dat zij de enige waren die wisten van de epileptische aanval van een andere student, meldde 85% van het totaal aantal proefpersonen de noodsituatie binnen een minuut na het begin van de aanval. Toen de groep bestond uit drie personen, was dat percentage 62% en bij een groep van 6 slechts 31%. Alleen in de eerste conditie meldde uiteindelijk iedereen de aanval, ook nog nadat het stil was geworden aan de andere kant. Bij de andere twee groepen meldde niet iedereen de noodsituatie, uiteindelijk slechts 83% respectievelijk 62%.⁵²

** De beslisboom voor omstanderinterventie*

Naar aanleiding van de bevindingen van de verscheidene onderzoeken ontwikkelden Latané en Darley een beslisboom bestaande uit vijf stappen. De beslisboom beschrijft hoe mensen besluiten of ze iemand helpen in een noodsituatie of niet.⁵³ In deze beslisboom liggen tevens verklaringen besloten voor het effect dat de hoeveelheid omstanders kan hebben op het verlenen van hulp. Indien een van de stappen wordt overgeslagen, dan zal de omstander niet helpen.

De eerste stap is dat de omstander het noodgeval waarneemt. Indien iemand afgeleid is of haast heeft, dan is hij minder goed in staat de gebeurtenis op te merken en minder snel geneigd te helpen.

De tweede voorwaarde is dat de omstander de gebeurtenis als een noodsituatie interpreteert, dat wil zeggen een situatie waarin hulp geboden moet worden. Indien mensen een schreeuw niet interpreteren als noodkreet, maar als gil van plezier, dan zullen zij niet helpen. Een van de door Latané en Darley gegeven verklaringen voor het bystander-effect is de toestand van 'pluralistische of meervoudige onwetendheid'. Dit houdt in dat wanneer

51 Zijnde de werkelijke proefpersoon en de stem van degene die een epileptische aanval krijgt.

52 Darley & Latané 1968, p. 380.

53 Latané & Darley 1970; Latané & Darley 1968, p. 220; Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 400.

tijdens een noodgeval andere aanwezigen geen verontruste indruk maken, omstanders ervan uitgaan dat er niets aan de hand is.⁵⁴ Dit is een geval van sociale beïnvloeding. Mensen gebruiken anderen als informatiebron om de realiteit te kunnen definiëren, zeker in situaties die verwarrend zijn. Hoe reageren de anderen? Kortom, als andere omstanders aanwezig zijn en indien deze geen actie ondernemen, dan leest men uit elkaars gedrag af dat men zich geen zorgen hoeft te maken over de situatie. In feite kunnen ze elkaar dus zo misleiden.⁵⁵

De derde stap van de beslisboom heeft betrekking op het nemen van verantwoordelijkheid. Wanneer een omstander een noodgeval herkent, dan moet vervolgens de beslissing worden genomen of het haar of zijn verantwoordelijkheid is om er iets aan te doen. En ook hier speelt het effect van de hoeveelheid omstanders op het verlenen van hulp een cruciale rol.⁵⁶ Naarmate er meer getuigen zijn van de noodsituatie, des te kleiner wordt het verantwoordelijkheidsgevoel van elke omstander en des te kleiner wordt de kans dat de omstander helpt. Dit wordt in de sociale psychologie 'diffusie van verantwoordelijkheid' genoemd. Vanwege de aanwezigheid van anderen, voelt niemand een sterke persoonlijke verantwoordelijkheid om in actie te komen. Men is dan minder geneigd om te helpen, zeker indien niet duidelijk is of een andere omstander al te hulp is geschoten. In zo'n geval kan de omstander zijn nalatigheid om te helpen rationaliseren door zichzelf te overtuigen dat de ander al hulp heeft geboden. Een diffusie van verantwoordelijkheid kan op haar beurt ook tot een diffusie van schuld leiden. Indien er slechts één omstander is, ligt de druk om hulp te bieden volledig bij hem. Laat hij dit na, dan kan gemakkelijk een schuldige worden aangewezen in tegenstelling tot wanneer er meerdere omstanders zijn. Het verschijnsel van diffusie kan verklaren waarom niemand actie ondernam bij de noodkreten van Kitty Genovese. Waarschijnlijk gingen de bewoners ervan uit dat een andere buurtbewoner al actie had ondernomen en dat deze verantwoordelijkheid niet (meer) bij hun lag.⁵⁷

Stap 4 sluit hier nauw op aan. Om te kunnen helpen, is het ook van belang te weten hoe je moet helpen. Dit vraagt om bepaalde kennis en vaardigheden.

Indien je weet hoe te handelen, dan moet dit uiteindelijk resulteren in de stap om hulp te verlenen. Toch kan deze laatste stap nog een struikelblok vormen volgens Latané en Darley. Zelfs indien we weten wat voor soort hulp nodig is, dan moeten we eerst bepalen of de kosten van onze behulpzaamheid niet te hoog zullen zijn voor onszelf. Immers, in actie komen kan wat kosten, bijvoorbeeld een flater slaan of zelf schade oplopen. Daarentegen kunnen de baten van het helpen voor een persoon zo waardevol voor die persoon zijn dat alsnog hulp wordt verleend.⁵⁸

54 Latané & Darley 1968, p. 220.

55 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 401.

56 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 402.

57 Darley & Latané 1968, p. 377; Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 403.

58 Aronson, Wilson & Akert 2007, p. 403.

4 TERUGKOPPELING: HET BYSTANDER-EFFECT EN ONRECHTMATIG ZUIVER NALATEN

4.1 *Onrechtmatigheid en de beslisboom*

Met betrekking tot de centrale casus van zuiver nalaten zijn twee klassiekers besproken, de ene op het terrein van de sociale psychologie (het Genovese-verhaal) en de andere op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht (het *Struikelende broodbezorger*-arrest). Ik keer weer terug naar het juridische. Hierna zal ik eerst tegen de achtergrond van de inzichten uit de sociale psychologie de maatstaf voor het bepalen van zuiver onrechtmatig nalaten herbeoordelen. Vervolgens zal ik in de tweede paragraaf ingaan op de vraag in hoeverre het bystander-effect een rol dient te spelen bij het aannemen van aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten.

De vergelijking van de psychologische voorwaarden uit de beslisboom van Latané en Darley met de juridische voorwaarden voor aansprakelijkheid levert overeenkomsten op. De sociale psychologie leert ons dat de beslissing om hulp te verlenen niet zomaar is gemaakt. Deze is afhankelijk van een aantal eerder genomen stappen, waarbij het bystander-effect als stoorzender kan optreden. Deze serie van stappen zien we ruimschoots terug bij de juridische criteria voor zuiver nalaten, zoals ik hierna zal uitleggen. Het beeld in het aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot wanneer mensen hulp verlenen sluit, daarmee goed aan bij hoe hierover in de sociale psychologie wordt gedacht.

Wat verder opvalt, is dat de Hoge Raad terecht als extra vereiste voor onrechtmatig zuiver nalaten noemt dat het gevaar daadwerkelijk tot het bewustzijn van de waarnemer moet zijn doorgedrongen. Deze stap staat immers aan de basis van de beslissing om hulp te verlenen. Met deze eis slaat de Hoge Raad twee (psychologische) vliegen in één klap. Ten eerste moet het volgens de Hoge Raad gaan om een waarnemer. Dit betreft stap 1 uit de beslisboom. Ten tweede moet de waarnemer zich daadwerkelijk de gevaarlijke situatie beseffen, wat overeenkomt met stap 2. Het stellen van deze eis door de Hoge Raad is terecht, omdat aangenomen mag worden dat men vanwege de hoeveelheid aan stimuli in onze omgeving minder snel bewust wordt van een gevaar dat men niet zelf in het leven heeft geroepen. Volledigheidshalve merk ik nog op dat kennis hebben van wat een situatie gevaarlijk kan maken onvoldoende is. Het moet gaan om het zintuigelijk bewust zijn van het gevaar op dat moment. Pas dan is er sprake van een waarnemen. Ook geur of geluid kunnen dus bewustzijn van het gevaar creëren.⁵⁹

Net zoals dat stap 1 en 2 uit de beslisboom samenhangen, zo ook stap 3, 4 en 5. Uit de psychologische onderzoeksresultaten blijkt dat mensen meestal niet handelen om puur

⁵⁹ Simpel gezegd kan waarnemen worden omschreven als het zich bewust zijn van datgene wat de zintuigen beroert: Reber 2005, p. 649.

altruïstische motieven, maar eerder vanuit eigenbelang. Helpen is lonend voor de omstander zelf, omdat het zijn stress vermindert of omdat het sociale goedkeuring oplevert van anderen. Maar die baten moeten wel zwaarder wegen dan de kosten die men voelt bij de situatie. Helpen kan iemand fysiek in gevaar brengen, leiden tot gêne of te veel tijd in beslag nemen. Een weging van kosten en baten – maar dan achteraf – wordt tevens door de rechter toegepast in het kader van de *Kelderluik*-toets. De vraag doemt dan op welke factoren de rechter als kosten zou moeten meewegen en welke niet. Geen tijd hebben om iemand van de dood te redden lijkt mij ten overstaan van de rechter geen geldige reden om verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid af te wijzen. Iemands nalaten sanctioneren vanwege zijn gebrek aan empathie gaat tevens te ver. Wat wel een mogelijk juridisch relevante factor is, betreft de aanwezigheid van andere getuigen. Zoals bleek kan deze factor van grote invloed zijn op de vraag of iemand hulp verleent, met name in negatieve zin. Op de vraag in hoeverre de kosten die kunnen worden veroorzaakt door het bystander-effect een rol moeten spelen in de weging die de rechter maakt, kom ik hierna terug.⁶⁰

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat ook de twee voorwaarden die Van Dam heeft toegevoegd, zijn terug te vinden in de beslisboom. De ene voorwaarde betrof de kunde van de nalatige, welke overeenkomt met stap 4. Zijn laatste voorwaarde kan eigenlijk aan stap 2 worden gekoppeld, omdat het wel moet gaan om een situatie waarin iemand hulp behoeft. Is dat niet het geval, dan rijst ook niet de vraag of op een ander de plicht moet rusten om in te grijpen. Immers, in beginsel geldt in het aansprakelijkheidsrecht dat ieder zijn eigen schade draagt.⁶¹ Pas indien het billijk wordt geacht dat een ander deze belangen waarborgt, dan komt het aansprakelijkheidsrecht om de hoek kijken wanneer deze verantwoordelijkheid niet wordt genomen.

4.2 *Onrechtmatigheid en het bystander-effect*

Alhoewel in paragraaf 2 uit de besproken arresten en literatuur een maatstaf is gedestilleerd die in grote mate overeenkomt met het psychologische model, blijf je toch als jurist nog wat in het duister tasten met betrekking tot hoe die maatstaf moet worden gehanteerd. De rechter heeft een bepaalde vrijheid bij de toepassing van de *Kelderluik*-toets, welke toets in geval van zuiver nalaten samen met de eis uit het *Struikelende broodbezorger*-arrest geschiedt. Welke factoren dienen een rol te spelen en welk gewicht hebben zij? De kwestie waar het hier in het bijzonder om draait, betreft de vraag of, en zo ja welke waarde rechters aan het bystander-effect zouden moeten hechten.

Als gevolg van de schaarste aan rechtspraak over zuiver nalaten, is het onduidelijk welke koers nu precies gevaren wordt. Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat rechters op dit

⁶⁰ Ervan uitgaande dat deze persoon als gedaagde nog te traceren is.

⁶¹ Spier 2009. Zie hierover Hartlief 2007.

moment al rekening houden met het bystander-effect. Met andere woorden, ik denk niet dat rechters geneigd zijn enerzijds aansprakelijkheid af te wijzen indien overige omstanders aanwezig waren, terwijl zij anderzijds eerder geneigd zijn die aansprakelijkheid aan te nemen indien geen andere mensen aanwezig waren die hulp konden verlenen. Zou dat wel het geval moeten zijn? Is het wenselijk om aan deze factor een invloedrijke of doorslaggevende rol toe te kennen?

Ervan uitgaande dat rechters deze factor vooralsnog niet betrekken in hun oordeel omtrent onrechtmatigheid, dan rijst de vraag wat de voor- en nadelen zouden zijn indien zij wel hiertoe over zouden gaan. Enerzijds biedt het bystander-effect een verklaring voor waarom mensen in het bijzijn van anderen over het algemeen nalatig zijn in het verlenen van hulp. Als gevolg hiervan kan het, naast de bestaande redenen, een rechtvaardiging bieden voor het betrachten van terughoudendheid bij het aanvaarden van aansprakelijkheid. Immers, dit verschijnsel kan ieder mens parten spelen, dus waarom zou een rechter daar geen rekening mee moeten houden? Het meewegen van het bystander-effect zou bijvoorbeeld vaker kunnen leiden tot de slotsom dat aansprakelijkheid ontbreekt, omdat het een dusdanige verhoging van de kosten van hulpverlening heeft teweeggebracht, dat van schending van een zorgplicht geen sprake meer is.

Het nadeel van het meewegen van het bystander-effect is dat er weinig prikkelende werking van uitgaat. Het betreft hier de preventieve werking van het civiele aansprakelijkheidsrecht.⁶² De aanwezigheid van een schadevergoedingsplicht in geval van schending van de plicht om hulp te verlenen, kan toeschouwers *ex ante* prikkelen om voorzorgsmaatregelen te nemen. Ervan uitgaande dat het aansprakelijkheidsrecht een dergelijke preventieve werking kan hebben, heeft het aannemen van deze plicht dus tot doel het vooraf beschermen van de belangen van een ander. Bij schending ervan schuift de verantwoordelijkheid om de schade af te wenden of te beperken van de drenkeling naar de passieve toeschouwer die op de kade staat, omdat de eerste niet in staat is zichzelf te behoeden voor schade. Deze verkeert immers in een noodsituatie en behoeft hulp. Het is dan billijk om de slachtoffer niet met de schade te laten zitten, maar deze naar de dader te verplaatsen.⁶³ Uiteindelijk komt het dus neer op de vraag of de burger voor zichzelf moet zorgen of dat hij aanspraak maakt op ‘privaat paternalisme’, wat inhoudt dat een ander hem moet behoeden voor misstappen, miskopen en ga zo maar door.⁶⁴ Het betreft het spanningsveld tussen enerzijds de autonomie van de burger en anderzijds het ingrijpen van de overheid, in dit geval door het aanvaarden van een aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten. Een reden die een dergelijke inbreuk op de individuele autonomie rechtvaardigt, is dat zo

62 Volledigheidshalve merk ik op dat onduidelijk is of deze prikkel daadwerkelijk bestaat. De meningen van juristen lopen hierover uiteen. Zie tevens meer over het onderwerp van de effecten van aansprakelijkheid op gedrag recentelijk het proefschrift van Van Tilburg 2012, en de bijdrage van Van Dijk in deze bundel.

63 Spier 2009, p. 4.

64 Van Boom, Tuil & Dijkshoorn 2008, p. 1.

bescherming wordt geboden aan degenen die niet voor zichzelf kunnen zorgen. Zoals eerder gezegd blijkt uit literatuur en rechtspraak van de Hoge Raad dat hierin terughoudendheid moet worden betracht.

Het buiten beschouwing laten van deze relevante, potentieel invloedrijke factor zou dus voor een grotere dreiging van aansprakelijkheid en dus voor een grotere prikkel kunnen zorgen dan wanneer rechters wel waarde hechten aan het bystande-effect. Maar is deze prikkel, en eventueel een sterkere versie hiervan, wel nodig vanuit het aansprakelijkheidsrecht? Het bystander-effect is maatschappelijk gezien geen wenselijk verschijnsel. In de inleiding meldde ik al dat de roep om het nemen van sociale verantwoordelijkheid door de normale burger in de Nederlandse samenleving hoorbaar is. Niet alleen door de aandacht die de media schenken aan zielige en heldhaftige verhalen over hulpverlenende omstanders, maar ook vanuit de overheid. We kennen allen de tv-spotjes over 'meld misdaad anoniem' en de recente campagne 'Een veilig thuis. Daar maak je je toch sterk voor?' die (mede) ten doel hebben omstanders ertoe aan te zetten om zo snel mogelijk advies en hulp te zoeken. Ook zijn er maatschappelijke initiatieven die tot doel hebben dergelijk prosociaal gedrag te bevorderen.

Tevens maakt de beperkte reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het nalaten hulp te verlenen, een extra prikkel vanuit het civiele recht welkom. Het civiele aansprakelijkheidsrecht kan een aanvullende rol spelen, daar waar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van artikel 450 Sr. ophoudt.⁶⁵ Het strafrecht geldt slechts in die gevallen waar de verdachte waarnemingsgetuige was van een noodsituatie die resulteerde in de dood van de hulpbehoevende.⁶⁶ Als gevolg van deze strenge bepaling blijven er nog talloze gevaarlijke situaties over waarin een actief ingrijpen nodig is om schade te beperken.

Echter, een Amerikaans empirisch onderzoek stelt dit preventieve effect en de vooronderstellingen over hulpverlenend gedrag die hieraan ten grondslag liggen ter discussie.⁶⁷ Betoogd wordt dat een prikkel vanuit het aansprakelijkheidsrecht niet nodig hoeft te zijn. Uit de onderzoeksresultaten bleek dat mensen in Amerikaanse staten waar een aansprakelijkheid afwezig is, wel degelijk hulp verlenen aan vreemden in nood, zelfs vaker wel dan niet. Een andere bevinding was dat in Amerikaanse staten waar wel een civielrechtelijke aansprakelijkheid bestaat, geen bewijs voorhanden was dat deze een positief effect had op het aantal hulpverleningsacties. Zoals Faure in zijn artikel hierover aangeeft, zetten deze empirische resultaten de discussie over de noodzaak van een aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten weer in een ander, academisch daglicht.⁶⁸

65 Dit artikel luidt: 'Hij die, getuige van het ogenblikkelijk levensgevaar waarin een ander verkeert, nalaat deze die hulp te verlenen of te verschaffen die hij hem, zonder gevaar voor zichzelf of anderen redelijkerwijs te kunnen duchten, verlenen of verschaffen kan, wordt, indien de dood van de hulpbehoevende volgt, gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie.'

66 Bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 13 december 2007, LJN: BD3390.

67 Hyman 2006.

68 Faure 2011, p. 204, 208.

Ik keer terug naar mijn onderzoeksvraag: zou een rechter met deze factor rekening moeten houden? Met andere woorden, zou het voor het oordeel van onrechtmatigheid moeten uitmaken of er naast de aangesprokene nog andere omstanders aanwezig waren of niet?

Het is naar mijn mening te stellig om hierop met een ja of nee te antwoorden. Het antwoord ligt genuanceerder. Over het algemeen lijkt het mij wenselijk dat rechters rekening houden met het bystander-effect. Het bystander-effect is immers een van de factoren die van invloed kan zijn op de beslissing om hulp te verlenen. Tevens is het een menselijk verschijnsel dat een ieder parten kan spelen. Rechters moeten echter voorzichtigheid betrachten met de waarde die zij hechten aan dit effect. Dat het een factor is die van doorslaggevend belang kan zijn, blijkt uit verscheiden psychologische onderzoeken. Maar de omstandigheden waaronder dit effect optreedt, lijken nog niet volledig te zijn blootgelegd.

Bij beoordeling van de onrechtmatigheid van het nalaten, lijkt het mij van belang dat rechters aan de hand van de juridische voorwaarden nagaan waar het bij de aangesprokene is misgegaan in het besluitvormingsproces van hulpverlening. Zoals bleek uit paragraaf 3.4.2 heeft het bystander-effect met name invloed op stap 2 (interpretatie van de situatie) en stap 4 (verantwoordelijkheid nemen) van de beslisboom. Indien het waarschijnlijk is dat de aanwezigheid van omstanders van invloed is geweest op de interpretatie van de situatie door de aangesprokene, dan lijkt het mij logisch om de situationele factor als relevant te beschouwen. Deze stap maakt namelijk deel uit van de instapvoorwaarde die door de Hoge Raad is geformuleerd in het *Struikelende broodbezorger*-arrest. Met deze eis mag dan ook niet lichtvaardig worden omgesprongen. Het hebben gebruikt van andere mensen uit de omgeving als informatiebron om de situatie in te schatten zou niet moeten worden afgestraft door middel van een civielrechtelijke sanctionering. Natuurlijk kunnen er meer aanwijzingen aanwezig zijn die een prikkel kunnen vormen voor het proces van bewustwording van het gevaar, denk aan het zien van daadwerkelijk letsel. Ook deze dienen te worden meegewogen. Maar dat neemt niet weg, dat de rechter als gevolg van het bystander-effect tot de conclusie kan komen dat de aangesprokene zich niet bewust was van de noodsituatie en dat ook niet had hoeven zijn.

Wat betreft stap 4 blijkt dat de aanwezigheid van andere omstanders ertoe kan leiden dat de aangesprokene geen verantwoordelijkheid meer neemt om de schade bij het slachtoffer te beperken. Indien het bystander-effect hier optreedt als stoorzender in het besluitvormingsproces, dan gaat mijn voorkeur ernaar uit om bij de beoordeling van aansprakelijkheid weinig tot geen waarde hieraan te hechten. Anders gezegd, de aanwezigheid van andere omstanders zou een persoon niet moeten ontslaan van de verantwoordelijkheid om zelf hulp te verlenen. Het optreden van een diffusie van verantwoordelijkheid onder omstanders, acht ik dus geen geslaagd argument om niet de nodige voorzorgsmaatregelen te nemen. In vergelijkbare zin, werkgevers kunnen zich ook niet verschuilen achter het argument dat het toentertijd ook bij andere, vergelijkbare bedrijven gebruikelijk was

om met asbest te werken zonder de vereiste veiligheidsmaatregelen te nemen.⁶⁹ Gewoonte en gebruik zijn in beginsel niet doorslaggevend voor het bepalen van de te betrachten zorg.⁷⁰ Voorts ligt het, vergeleken met stap 2, hier minder voor de hand om significante waarde te hechten aan het bystander-effect, omdat bij stap 4 en ook 5 aangenomen mag worden dat de aangesprokene zich bewust was van het gevaar en toch besluit niet in te grijpen.

Stap 5 ziet toe op het eindresultaat van het handelen of nalaten. Na weging van de kosten en baten, wordt volgens het psychologisch model de beslissing genomen of men tot actie overgaat. De aanwezigheid van omstanders is een factor die deze beslissing negatief kan beïnvloeden. Deze factor kan zodoende worden geschaard onder de bezwaarlijkheid van het betrachten van voorzorg. Zoals hiervoor betoogd, hangt het van de mogelijke oorzaak van nalatig hulpverlenend gedrag af of aan deze factor bij beoordeling van de onrechtmatigheid (doorslaggevende) waarde moeten worden toegekend.

Als laatste nog het volgende. De vraag in hoeverre het bystander-effect een rol moet spelen in het oordeel van onrechtmatigheid is met name relevant voor die gevallen waarin de noodsituatie minder ernstig is. In dergelijke gevallen zou het meewegen van het bystander-effect ervoor kunnen zorgen dat de weegschaal doorslaat naar het afwijzen van aansprakelijkheid. Men moet zich echter realiseren dat in ernstige noodsituaties niet aan de orde hoeft te worden gesteld of het bystander-effect als factor moet worden meegewogen. Rechters zullen namelijk in ernstige noodsituaties eerder geneigd zijn om na weging van de *Kelderluik*-criteria aansprakelijkheid af te wijzen en wel om de reden dat gezien de ernst van het risico, het nemen van voorzorgsmaatregelen te bezwaarlijk was. Men hoeft zijn eigen lichaam en leven immers niet op het spel te zetten. De civielrechtelijke plicht gaat niet zo ver dat handelen onder die omstandigheden wordt verwacht. In zulke gevallen is het dus niet noodzakelijk om tevens stil te staan bij de vraag of deze situationele factor een rol dient te spelen. Voorts bleek uit het empirisch onderzoek van Hyman en uit de voorbeelden in de inleiding dat ook in ernstige situaties reddingen plaatsvinden. Ook liet eerder genoemd psychologisch onderzoek zien dat het bystander-effect niet optrad in gevaarlijke noodsituaties.⁷¹ Het gaat natuurlijk te ver om aan deze premature onderzoeken een algemene conclusie te verbinden. Het geeft daarentegen wel aan dat het aantal omstanders geen negatief doorslaggevend effect hoeft te hebben op het besluitvormingsproces. Het effect is dus niet altijd even invloedrijk. Hoewel het enigszins verrassend te noemen is dat mensen met gevaar voor eigen leven handelend optreden, blijkt toch dat een andere factor of een interactie van andere factoren de overhand kan hebben in het besluitvormingsproces.

69 Bijvoorbeeld HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (*Janssen/Nefabas*). Deze stap is dus ook verweven met de vraag of het nalaten de aangesprokene kan worden toegerekend.

70 Van Dam 2000, p. 177.

71 Zoals het onderzoek van Fischer 2006.

5 UITLEIDING

In deze bijdrage stond de aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten centraal. Tegen de achtergrond van de inzichten uit de sociale psychologie over hulpverlenend gedrag, is de maatstaf voor het bepalen van zuiver onrechtmatig nalaten opnieuw beoordeeld. Tevens is ingegaan op de vraag in hoeverre het bystander-effect een rol dient te spelen bij het aannemen van aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten.

Voordat ik hieraan toekwam, is eerst in paragraaf 2 aandacht besteed aan de bespreking van de juridische voorwaarden voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten. Het werd duidelijk dat de voorwaarden voor onrechtmatig zuiver nalaten stringenter zijn dan in de gevallen van ander nalaten of actief handelen. De plicht tot het bieden van hulp is er niet zomaar, zeker niet indien er geen sprake is van een speciale relatie met en de daaruit voortvloeiende zorg voor het slachtoffer, de dader of de zaak. Indien een dergelijke speciale relatie ontbreekt, dan moet ten minste zijn voldaan aan de voorwaarde dat de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zoals bleek uit het *Struikelende broodbezorger*-arrest. Vervolgens zal op basis van de *Kelderluik*-factoren de afweging moeten worden gemaakt of de nalatige persoon voorzorgsmaatregelen had moeten treffen gezien de grootte van het risico of niet. Tevens werd in deze paragraaf naar redenen gezocht voor deze terughoudendheid. Een belangrijke verklaring die ook in andere rechtsstelsels veel gebruikt wordt, is dat een verplichting opleggen om te doen inbreuk maakt op de individuele vrijheid. Dat wordt in het algemeen bezwaarlijker gevonden dan het opleggen van een verplichting om bepaald actief handelen achterwege te laten.

Paragraaf 2 omvatte het psychologische gedeelte van deze bijdrage. Uit de sociale psychologie komt naar voren dat de vraag of iemand een vreemde zal helpen, afhangt van verscheidene factoren. De nadruk werd gelegd op de factor van de sociale omgeving. Uit psychologische experimenten is gebleken dat de kans dat een omstander hulp aanbiedt indien een persoon zich in nood bevindt, verkleint naarmate er meerdere mogelijke helpers aanwezig zijn. Dit wordt in de sociale psychologie ook wel het bystander-effect genoemd. Tevens is ingegaan op de beslisboom van Latané en Darley die beschrijft en voorspelt op welke wijze mensen besluiten of ze overgaan tot hulpverlening of niet.

Nadat deze psychologische inzichten waren besproken, kon de terugkoppeling worden gemaakt naar het recht. Als eerste werd gekeken in hoeverre de wijze waarop het aansprakelijkheidsrecht aankijkt tegen de manier waarop mensen beslissen of ze hulp verlenen of niet overeenkomt met hoe sociaalpsychologen hierover denken. De vergelijking van de psychologische voorwaarden uit de beslisboom van Latané en Darley met de juridische voorwaarden voor aansprakelijkheid leverde een goed resultaat op. De juridische voorwaarden komen overeen met het beslismodel, zij het dat deze laatste nauwkeuriger was in het omschrijven van de stappen. De vergelijking bevestigde logischerwijs dat het toevoegen van de eis geformuleerd in het *Struikelende broodbezorger*-arrest een noodzakelijke voor-

waarde is voor het juridisch beoordelen van zuiver nalaten. Het betreft een essentiële stap naar het bieden van hulp in een noodgeval. Tevens kwam uit de vergelijking naar voren dat in beide gevallen een belangrijke plaats is weggelegd voor een weging van de kosten en baten van het verlenen van hulp.

Zoals bleek uit de sociale psychologie kan het bystander-effect van grote invloed zijn op de vraag of iemand hulp verleent, met name in negatieve zin. Deze factor kan zodoende worden geschaard onder de bezwaarlijkheid van het betrachten van voorzorg. Zoals werd betoogd in paragraaf 4.2, dient het van de mogelijke oorzaak van nalatig hulpverlenend gedrag af te hangen of aan deze factor bij de beoordeling van onrechtmatigheid (doorslaggevende) waarde moeten worden toegekend. Het bystander-effect treedt met name als stoorzender op bij stap 2 (interpretatie van de situatie) en stap 4 (verantwoordelijkheid nemen) van de beslisboom, als gevolg waarvan stap 5 resulteert in een nalaten. Gesteld werd dat eerder bij stap 2 dan bij stap 4 waarde dient te worden gehecht aan deze situationele factor. Stap 2 is juridisch neergelegd in het *Struikelende broodbezorger*-arrest. Met deze eis mag dan ook niet lichtvaardig worden omgesprongen. Indien het waarschijnlijk is dat de aanwezigheid van omstanders van invloed is geweest op de interpretatie van de situatie door de aangesprokene, dan lijkt het mij logisch om de situationele factor als relevant te beschouwen.

Wat betreft stap 4 werd beargumenteerd dat de aanwezigheid van andere omstanders de aangesprokene niet zou moeten ontslaan van de verantwoordelijkheid om zelf hulp te verlenen. Het optreden van een diffusie van verantwoordelijkheid onder omstanders, zou geen geslaagd argument moeten zijn om aansprakelijkheid af te wijzen. Gewoonte en gebruik zijn in beginsel niet doorslaggevend voor het bepalen van de te betrachten zorg.

LITERATUUR

Aronson, Wilson & Akert 2007

E. Aronson, T.D. Wilson & R.M. Akert, *Sociale psychologie*, Amsterdam: Pearson Education Benelux 2007.

Van Boom, Tuil & Dijkshoorn 2008

W.H. van Boom, M.L. Tuil & W. Dijkshoorn (red.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Van Dam 1995

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1995.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Darley & Latané 1968

J.M. Darley & B. Latané, 'Bystander intervention in emergencies: Diffusion of responsibility', *Journal of Personality and Social Psychology* (8) 1968, p. 377-383.

Eagly & Crowley 1987

A.H. Eagly & M. Crowley, 'Gender and helping behavior: A meta-analytic review of the social psychological literature', *Psychological Bulletin* (100) 1986, p. 283-308.

Faure 2011

M.G. Faure, 'Liability for Omissions in Tort Law: Economic Analysis', *Journal of European Tort Law* (2) 2011, p. 184-208.

Fischer 2006 e.a.

P. Fischer e.a., 'The unresponsive bystander: Are bystanders more responsive in dangerous emergencies?', *European Journal of Social Psychology* (36) 2006, p. 267-278.

Garcia e.a. 2002

S.M. Garcia e.a., 'Crowded Minds: The Implicit Bystander Effect', *Journal of Personality and Social Psychology* (83) 2002, p. 843-853.

Giesen 2004

I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten* (Studiekring Offerhaus, nieuwe reeks, nr. 8), Deventer: Kluwer 2004.

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with care!* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Hedge & Yousif 1992

A. Hedge & Y.H. Yousif, 'Effects of Urban Size, Urgency, and Cost on Helpfulness. A Cross-Cultural Comparison between the United Kingdom and the Sudan', *Journal of Cross-Cultural Psychology* (23) 1992, p. 107-115.

De Hullu 2009

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2009.

Hyman 2006

D.A. Hyman, 'Rescue Without Law: An Empirical Perspective on the Duty to Rescue', *Texas Law Review* (84) 2006, p. 653-737.

Isen & Levin 1972

A.M. Isen & P.A. Levin, 'Effect of feeling good on helping: Cookies and kindness', *Journal of Personality and Social Psychology* (21) 1972, p. 384-388.

Jansen (Onrechtmatige daad I)

K.J.O. Jansen, 'I. Onrechtmatige daad, Artikelsgewijs commentaar', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad 6.1*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Kortmann 2005

J. Kortmann, *Altruism in Private Law, Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Latané & Darley 1968

B. Latané & J.M. Darley, 'Group inhibition of bystander intervention in emergencies', *Journal of Personality and Social Psychology* (10) 1968, p. 215-221.

Latané & Darley 1970

B. Latane & J. Darley, *The unresponsive bystander: Why doesn't he help?*, New York: Appleton-Century-Crofts 1970.

Latane & Nida 1981

B. Latane & S. Nida, 'Ten years of research on group size and Helping', *Psychological Bulletin* (89) 1981, p. 308-324.

Levine, Norenzayan & Philbrick 2001

R.V. Levine, A. Norenzayan & K. Philbrick, 'Cross-cultural differences in helping strangers', *Journal of Cross-Cultural Psychology* (32) 2001, p. 543-560.

Milgram 1970

S. Milgram, 'The experience of living in cities', *Science* (167) 1970, p. 1461-1468.

Reber 2005

A.S. Reber, *Woordenboek van de psychologie*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2005.

Schoordijk 1987

H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit en de verplichting tot altruïsme*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1987.

Schwartz & Gottlieb 1976

S.H. Schwartz & A. Gottlieb, 'Bystander reactions to a violent theft: Crime in Jerusalem', *Journal of Personality and Social Psychology* (34) 1976, p. 1188-1199.

Smits 2000

J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law. On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*, Maastricht: 2000.

Spier e.a. 2009

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Tilburg 2012

F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2012.

Tjong Tjin Tai 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.

Tjong Tjin Tai 2007b

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad', *NJB* 2007, p. 2540-2546.

Wijsman 2005

E. Wijsman, *Psychologie en sociologie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2005.

20 AANSPRAKELIJKHEID VAN MINDERJARIGEN GEWOGEN

Zijn neurologische en criminologische data relevant voor bepaling van de leeftijdsgrenzen van artikel 6:164 BW en artikel 6:169 BW?

*J.T. Hiemstra en A.J. Verheij**

SAMENVATTING

De leeftijdsgrenzen van artikel 6:164 en 6:169 BW staan als gevolg van een thans bij de Eerste Kamer aanhangig wetsontwerp ter discussie. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bij de totstandkoming van die artikelen gewicht is toegekend aan de gedachte dat kinderen naarmate zij ouder worden een toenemende verantwoordelijkheid aan kunnen. In dit artikel wordt onderzocht in hoeverre deze gedachte spoort met onderzoeksgegevens uit de neurologie en de criminologie en in hoeverre inzichten uit die disciplines gevolgen dienen te hebben voor het huidige stelsel. De conclusie is dat dit maar zeer beperkte gevolgen heeft, omdat aan artikel 6:164 en 6:169 BW ook andere overwegingen ten grondslag liggen, zoals rechtszekerheid en verzekeringsdichtheid.

1 INLEIDING

De artikelen 6:164 BW en 6:169 BW zien op de aansprakelijkheid van minderjarigen en hun ouders of voogden. De wetgever heeft bij het formuleren van deze bepalingen gekozen voor een systematische indeling in leeftijdsgroepen met een bijbehorende risico- of schuldaansprakelijkheid voor de ouders of voogden en de minderjarige. Deze leeftijdsgroepen staan thans ter discussie in het inmiddels bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel 30 159 betreffende de verruiming van de kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders en voogden voor hun kinderen.¹ In deze bijdrage wordt geanalyseerd in hoeverre neurologische en criminologische onderzoeksgegevens relevant kunnen zijn ter bepaling van die leeftijds-

* De auteurs danken M. Althoff, universitair docent criminologie aan de Rijksuniversiteit Groningen en J.A. Nijboer, universitair hoofddocent criminologie aan de Rijksuniversiteit Groningen, voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

1 Dit voorstel ligt thans bij de Eerste Kamer, zie Kamerstukken I 2012/13, 30 519.

groepen. Daarbij zal de nodige aandacht worden besteed aan de motieven die ten grondslag lagen aan het huidige systeem.

De structuur van deze bijdrage is als volgt. Allereerst volgt een weergave van het regime van artikel 6:164 en 6:169 BW. Daarbij wordt besproken waarom de wetgever de huidige leeftijdsgrenzen voor aansprakelijkheid van minderjarigen en hun ouders heeft gekozen (par. 2). Daarna wordt aan de hand van enkele actuele inzichten op basis van empirisch onderzoek in kaart gebracht in hoeverre minderjarigen verantwoordelijk zijn te achten voor eventueel risicovol gedrag (par. 3). Tot slot wordt besproken wat de relevantie van deze data is voor de bestaande leeftijdsgrenzen en voor het thans aanhangige wetsontwerp (par. 4).

2 AANSPRAKELIJKHEID VAN KINDEREN VOOR ONRECHTMATIGE GEDRAGINGEN

2.1 *Huidig systeem en wetsvoorstel*

Artikel 6:164 BW bepaalt dat een onrechtmatige gedraging van minderjarigen die de leeftijd van veertien jaar nog niet hebben bereikt, niet aan hen kan worden toegerekend. In plaats daarvan zijn tot de leeftijd van veertien jaar ouders en voogden voor het gedrag van de minderjarigen risicoaansprakelijk ex artikel 6:169 lid 1 BW. Indien de minderjarige de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, is hij zelf op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor door hem gepleegde onrechtmatige gedragingen. Daarnaast zijn, tot het zestiende levensjaar van het kind, de ouders en voogden eveneens aansprakelijk voor onrechtmatige gedragingen van het kind indien hen kan worden verweten dat zij de gedragingen van het kind niet hebben belet (artikel 6:169 lid 2 BW). Een schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast derhalve.

Wetsvoorstel 30 519 is een initiatief van het voormalige Tweede Kamerlid Çörüz (CDA) en beoogt wijziging van artikel 6:169 lid 2 BW.² Deze houdt in dat ouders (ook) risicoaansprakelijk zijn voor onrechtmatige gedragingen van hun kinderen in de leeftijd van veertien tot achttien jaar. In de onderlinge verhouding tussen ouders en kinderen dient de schade te worden gedragen door de kinderen.³ De doelstelling is om slachtoffers van crimineel gedrag van minderjarigen een extra verhaalsmogelijkheid te bieden.⁴ De wijze waarop in de rechtspraak de huidige disculpatiemogelijkheid van artikel 6:169 lid 2 BW wordt uitgelegd, zou verhaal op ouders in veel gevallen blokkeren.⁵ De verruiming van de aansprake-

2 Kamerstukken II, 30 519, nr. 2.

3 Nota van Wijziging 5 april 2012, Kamerstukken II 2011/012, 30 519, nr. 8.

4 Kamerstukken II 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 2.

5 Kamerstukken II 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 5.

lijkheid van ouders wordt gerechtvaardigd met verwijzing naar de ouderlijke verantwoordelijkheid.⁶ Verdergaande aansprakelijkheid van ouders zou bovendien preventief effect kunnen sorteren.⁷

In de Eerste Kamer is het voorstel met de nodige scepsis ontvangen. Verschillende fracties plaatsen vraagtekens bij de noodzaak en de cijfermatige onderbouwing van het voorstel.⁸

2.2 *Oud Burgerlijk Wetboek*

In het oud Burgerlijk Wetboek gold geen vaste leeftijdsgrens van veertien jaar en werd de beoordeling van de schadeplichtigheid van de minderjarige overgelaten aan de rechter. De rechter beoordeelde de aansprakelijkheid van de minderjarige aan de hand van het schuldvereiste van artikel 1401 (oud) BW met als gevolg dat de minderjarige slechts dan niet aansprakelijk was indien schuld ontbrak.⁹ Dit leidde ertoe dat oudere minderjarigen veelal aansprakelijk werden geacht voor door hen gepleegde onrechtmatige gedragingen, maar dat soms ook erg jonge kinderen aansprakelijk geacht werden.¹⁰ Van dit laatste getuigt het arrest Hinnen/Otting, waarin de Hoge Raad schuld aannam van een vijfjarige die plotseling de weg overstak.¹¹

De keuze van de Hoge Raad in 1948 voor schuld als grondslag voor aansprakelijkheid van de ouders voor onrechtmatige gedragingen van hun minderjarige kinderen was in de literatuur omstreden.¹² In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de ouders van een vijftienjarige brandstichtende jongen schadeplichtig waren op grond van het toenmalige artikel 1403 lid 5 BW, omdat zij hadden verzuimd de vishandelaar waar de jongen was tewerkgesteld te waarschuwen voor het delinquente gedrag van hun zoon. De meeste kritiek zag op de wenselijkheid van een schuldgedachte. Argumenten die hierbij genoemd werden, betroffen onder andere de onzekerheid over de vraag wanneer sprake was van schuld aan de zijde van de ouders en de discrepantie met de in de maatschappij levende opvattingen.¹³ In de

6 Kamerstukken II 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 8.

7 Kamerstukken II 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 3.

8 Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie, Kamerstukken I 2012/13, 30 519, C, p. 3, 5, 7 en 8. Zie ook: Pajmans 2007 en Hartlief 2006.

9 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 114; HR 9 december 1966, NJ 1967, 69: schuld ontbreekt niet slechts indien een kind de overtreden norm niet kent, maar ook indien het kind de norm wel kent, doch het hem onmogelijk is zich overeenkomstig die kennis te gedragen.

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 114.

11 HR 28 november 1986, NJ 1987, 791.

12 Zie voor een overzicht: Klaassen 1991, p. 29; HR 26 november 1948, NJ 1949, 149.

13 Klaassen 1991, p. 30; Schut 1963, p. 263: 'De gewone man, zo is mijn bescheiden ervaring, gaat ervan uit, dat hij rechtens verplicht is de schade te vergoeden die zijn kinderen aanrichten'; Hammerstein-Schoonderwoerd 1975, p. 154-156, noemt als bezwaren o.m.: de rechtszekerheid wordt niet vergroot, het criterium is

literatuur kwam duidelijk de wenselijkheid van risicoaansprakelijkheid naar voren. Van der Grinten motiveerde de keuze voor risicoaansprakelijkheid met verwijzing naar de bijzondere verbondenheid, welke volgens hem tussen ouders en kinderen bestaat, op basis waarvan risicoaansprakelijkheid voor de ouders gerechtvaardigd zou zijn.¹⁴ Andere auteurs grondde de keuze voor risicoaansprakelijkheid op de morele verantwoordelijkheid die het ouderschap met zich zou brengen.¹⁵

2.3 *Parlementaire Geschiedenis*

Het oorspronkelijke ontwerp van het NBW ging, in lijn met rechtspraak van de Hoge Raad, uit van een schuldaansprakelijkheid voor ouders. Artikel 6.3.7 OM luidde voor zover hier relevant:

‘1. De ouder die de ouderlijke macht of de voogdij over zijn kind uitoefent, is voor diens gedragingen mede aansprakelijk. De ouder is ook aansprakelijk als de gedraging aan het kind zelf wegens zijn jeugdige leeftijd of wegens een geestelijke of lichamelijke tekortkoming niet als onrechtmatige daad kan worden toegerekend.

2. Onverminderd het in artikel ¹⁶ 1 bepaalde vervalt de aansprakelijkheid van de ouder, indien aan hem niet kan worden toegerekend een nalaten van zodanige maatregelen ter voorkoming van nadeel voor derden als redelijkerwijs van hem konden worden gevergd of indien ondanks deze maatregelen het kind de schade toch zou hebben toegebracht.’¹⁷

Mede onder invloed van kritiek uit de literatuur werd bij gewijzigd ontwerp een risicoaansprakelijkheid aangenomen voor gedragingen van kinderen onder de veertien jaar.¹⁸ De keuze voor een risicoaansprakelijkheid werd gemotiveerd door verschillende overwegingen.¹⁹ Enerzijds geldt voor deze groep kinderen dat gezag en toezicht van de wettelijk vertegenwoordiger geacht werden van rechtstreekse invloed te zijn op het gedrag van het

onhanteerbaar, op de ouders kan een zware bewijslast komen te liggen, het schuldbegrip is inhoudelijk onduidelijk, vanwege de ruime disculpatiemogelijkheden zouden veel ouders niet aansprakelijk gesteld kunnen worden, het zal de rechter met een zware taak belasten en naar de volksopvatting zou de ‘gewone man’ zich verplicht voelen de schade te vergoeden die zijn kinderen aanrichten.

14 Van der Grinten 1968, p. 20.

15 Zoals Schut 1963, p. 263: ‘Naar onze mening is de opvatting van de Hoge Raad [in NJ 1949, 149] niet redelijk, omdat daarin de geheel eigensoortige verantwoordelijkheid van de ouders wordt miskend.’

16 Bedoeld is waarschijnlijk lid.

17 PG Boek 6, p. 674.

18 PG Boek 6 BW, p. 678. Zie met verwijzingen Klaassen 1991, p. 29.

19 PG Boek 6 BW, p. 678-679.

kind. Anderzijds brengt een redelijk toezicht mee dat het kind een zekere mate van vrijheid moet worden gelaten, zodat risico's genomen moeten worden. Het zou onredelijk zijn om derden de lasten daarvan te laten dragen. Meer specifiek wordt gewezen op het voordeel dat men zich met een risicoaansprakelijkheid niet hoeft te verdiepen in 'netelige en tot lastig bewijs aanleiding gevende vragen' als welke maatregelen de ouder of voogd in een concreet geval had dienen te nemen en in hoeverre het onrechtmatig gedrag van het kind het gevolg is van opvoedingsfouten. In de derde plaats sluit de regel redelijk aan bij de verzekeringspraktijk waarbij dekking wordt verschaft voor onrechtmatige gedragingen van kinderen tot en met twaalf jaar, zelfs in geval van opzet (normbesefclausules). Uit het bestaan van deze verzekeringen wordt afgeleid dat naar de huidige maatschappelijke opvattingen de schade niet door benadeelde derden gedragen behoort te worden. Ten slotte is de minister van oordeel dat de regel voor ouders in overeenstemming is met hun verantwoordelijkheid 'ter zake van het in de maatschappij brengen van het kind'. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in het huidige systeem waarin zowel risicoaansprakelijkheid (artikel 6:169 lid 1 BW) als schuldaansprakelijkheid (artikel 6:169 lid 2 BW) gehanteerd wordt.

Hoe verliep de discussie over de leeftijdsgrenzen? Het ontbreken van een leeftijdsgrens werd voortgezet in het ontwerp van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Artikel 6.3.6.1 O.M. luidde:²⁰

'Kan een gedraging niet als onrechtmatige daad aan de dader worden toegerekend wegens zijn jeugdige leeftijd of wegens een geestelijke of lichamelijke tekortkoming dan is hij niettemin, binnen de in artikel 2 aangegeven grenzen, tot schadevergoeding gehouden, voor zover de billijkheid met inachtneming van alle omstandigheden zulks medebrengt.'

Blijkens de Toelichting Meijers zou de rechter al naar gelang de leeftijd, de aard van het kind en de aard van de overtreden norm dienen te beslissen 'of de gedraging van het kind hem als een onrechtmatige daad is toe te rekenen'.²¹ Dit zou volgens de minister aansluiten bij de meerderheid van de destijds geldende codificaties.²² Daarnaast zou de leeftijdperiode waarin de minderjarige geestelijk rijpt, van kind tot kind en van tijdsbestek tot tijdsbestek verschillen. De beoordeling door de rechter, die zich volgens het ontwerp zou moeten laten leiden door de billijkheid en de omstandigheden van het geval, zou de gewenste

²⁰ PG Boek 6 BW, Handelingen II, p. 645.

²¹ PG Boek 6 BW, Toelichting Meijers, p. 649: De toelichting spreekt van onjuistheid 'om bij de vraag van toerekening te abstraheren van de overtreden norm'.

²² PG Boek 6 BW, Toelichting Meijers, p. 649: 'De meerderheid van de moderne codificaties noemt (...) geen leeftijdsgrenzen (...).'

ruimte laten 'om in bepaalde omstandigheden de benadeelde een gehele of gedeeltelijke schadevergoeding uit het vermogen van de minderjarige toe te kennen, hoewel de daad wegens jeugdige leeftijd niet of niet geheel was toe te rekenen'.²³

Bezwaren tegen dit ontwerp betroffen de onzekerheid omtrent de praktische betekenis van deze nieuwe regeling. Volgens de Tweede Kamer zou alles afhangen van de vraag hoe deze beoordeling naar billijkheid in de praktijk gestalte zou krijgen. Dit resulteerde in de vraag of de rechtszekerheid geen gevaar zou lopen ten gevolge van dit billijkheidsregime.²⁴

Voornamelijk ter wille van de rechtszekerheid volgde er een gewijzigd ontwerp waarin vaste leeftijdsgrenzen werden gehanteerd.²⁵ Anders dan in het huidige artikel 6:164 BW werd daarbij de leeftijd van twaalf jaar als uitgangspunt genomen. Het nader gewijzigd voorstel van wet luidde:²⁶

- '1. Een gedraging van een kind dat de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt, kan aan hem niet als een onrechtmatige daad worden toegerekend.*
- 2. Een gedraging van een kind dat de leeftijd van twaalf jaren al wel maar die van veertien jaren nog niet heeft bereikt, kan aan hem niet al een onrechtmatige daad worden toegerekend, indien zij hem wegens zijn jeugdige leeftijd niet kan worden verweten of zij onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming is verricht.'*

Indien een kind de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt, kan een onrechtmatige daad aan hem nimmer worden toegerekend, zo stelde het ontwerp.²⁷ Het tweede lid formuleerde een andere regel voor kinderen die de leeftijd van twaalf jaren wel, maar die van veertien jaren nog niet hebben bereikt. Een gedraging van een kind van deze groep kan hem slechts dan niet als onrechtmatige daad worden toegerekend, indien zij hem wegens zijn jeugdige leeftijd niet kan worden verweten of zij onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming is verricht.²⁸

De keuze voor de leeftijdsgrenzen van twaalf en veertien jaar had een willekeurig karakter, aldus de minister in de memorie van antwoord.²⁹ Bij de keuze voor de leeftijd van twaalf jaar heeft meegewogen dat het kind op die leeftijd doorgaans de lagere school verlaat en aan een voorgezette opleiding begint, 'die een groter beroep op zelfstandigheid en verantwoordelijkheid doet'. Ook werd van belang geacht dat een andere keuze zou leiden

23 PG Boek 6 BW, Toelichting Meijers, p. 649.

24 PG Boek 6 BW, Voorlopig Verslag II, p. 651-652.

25 PG Boek 6 BW, Memorie van Antwoord II, p. 652.

26 PG Boek 6 BW, nader gewijzigd voorstel van wet, p. 655.

27 Art. 6.3.1.2a. O.M.

28 PG Boek 6 BW, Memorie van Antwoord II, p. 653.

29 PG Boek 6 BW, Memorie van Antwoord II, p. 653.

tot een discrepantie met de bepalingen betreffende minderjarigen in het strafrecht.³⁰ Hiermee doelde de minister op artikel 77a Sr. Volgens artikel 77a Sr kan een kind niet strafrechtelijk vervolgd worden voor feiten die het voor zijn twaalfde jaar heeft gepleegd.³¹

Bij de keuze van veertien jaar stond de opvatting centraal dat 'nadien moeilijk meer kan worden aangenomen dat de jeugdige leeftijd een beletsel vormt voor voldoende inzicht ter zake van gedragingen waardoor op onrechtmatige wijze aan derden schade kan worden toegebracht'.³² Het zou in overeenstemming zijn met de heersende opvattingen dat deze kinderen in beginsel voor hun gedragingen verantwoordelijk zijn. Bovendien zouden de gebruikelijke polissen van de wettelijke aansprakelijkheidsverzekeringen en de matigingsbevoegdheid van de rechter voorkomen dat kinderen hun leven beginnen 'met de last van een wellicht ondragelijke schuld'.³³

Deze redenering lijkt erop te duiden dat er een duidelijke opvatting over het gedrag van minderjarigen ten grondslag ligt aan de keuze voor de leeftijdsgrens, ook al stelt de minister dat de keuze een willekeurig karakter draagt. De conclusie van Klaassen dat de leeftijdsgrens voor de eigen aansprakelijkheid van het kind niet geassocieerd behoeft te worden met typisch gedrag dat eigen is aan jonge kinderen, lijkt in zoverre dan ook niet juist.³⁴ Uit het voorgaande blijkt immers dat noties als verantwoordelijkheid en toenemende zelfstandigheid een duidelijke rol hebben gespeeld in de discussie. De houdbaarheid hiervan komt in de volgende paragraaf aan de orde bij bespreking van de neurologische en criminologische data.

Ten gevolge van een amendement krijgt het ontwerp zijn huidige tekst.³⁵ Het eerste lid wordt gewijzigd in de zin dat de leeftijdsgrens van twaalf jaren plaats maakt voor de leeftijdsgrens van veertien jaren. Het tweede lid vervalt, ten gevolge waarvan minderjarigen die de leeftijd van veertien jaren reeds bereikt hebben, zelf aansprakelijk zijn.

De reden voor dit amendement hangt sterk samen met de regeling van artikel 6:169 BW betreffende de risicoaansprakelijkheid van de ouders en voogden voor onrechtmatige gedragingen van hun kind. De reden voor de verhoging van twaalf naar veertien jaar schuilt namelijk in het feit dat de premies van de wettelijke aansprakelijkheidsverzekeringen niet omhoog zouden gaan indien ouders risicoaansprakelijk zouden zijn tot de leeftijd van veertien jaar, in plaats van tot de leeftijd van twaalf jaar. Een premiestijging zou naar alle waarschijnlijkheid wel plaatsvinden indien er ook voor veertien- en vijftienjarigen een

30 PG Boek 6 BW, Memorie van Antwoord II, p. 654.

31 Art. 77a Sr: 'Ten aanzien van degene die ten tijde van het begaan van een strafbaar feit de leeftijd van twaalf jaren doch nog niet die van achttien jaren heeft bereikt, zijn de artikelen 9, eerste lid, 10 tot en met 22a, 24c, 37 tot en met 38i, 44 en 57 tot en met 62 niet van toepassing. In de plaats daarvan treden de bijzondere bepalingen vervat in de artikelen 77d tot en met 77gg.'

32 PG Boek 6 BW, Memorie van Antwoord II, p. 653.

33 PG Boek 6 BW, Memorie van Antwoord II, p. 653.

34 Klaassen 1991, p. 39: de auteur spreekt van een 'abstract geformuleerde grens'.

35 PG Boek 6 BW, V.C.II, p. 657-660.

risicoaansprakelijkheid zou bestaan. Dit vooruitzicht heeft geleid tot de leeftijdsgrens van veertien jaar in artikel 6:164 BW en de schuldaansprakelijkheidsregeling in artikel 6:169 BW voor veertien- en vijftienjarigen.³⁶

Uit de parlementaire geschiedenis wordt duidelijk dat bij het vaststellen van de leeftijdsgrenzen grote waarde is gehecht aan voornoemde verzekeraarbaarheid. De wetgever was bevreesd dat als gevolg van de voorspelde premiestijging de verzekeringsdichtheid van de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering zou dalen.³⁷ Aangenomen werd dat hiertoe een grote kans bestond indien een risicoaansprakelijkheid van ouders en voogden voor veertien- en vijftienjarige kinderen zou worden aangenomen. De reden dat verzekeraars huiverig waren voor risicoaansprakelijkheid van ouders en voogden van deze groep minderjarigen, en er overigens geen aanleiding is om aan te nemen dat ze dat tegenwoordig niet meer zijn,³⁸ hangt samen met de destijds kenbare statistische gegevens over jeugdcriminaliteit. Blijkens de parlementaire geschiedenis ging men ervan uit dat 35% van de jeugdcriminaliteit werd gepleegd door veertien- en vijftienjarige kinderen.³⁹ Aansprakelijkheidsverzekeraars zouden dan ook vele schadeclaims kunnen verwachten van deze groep, hetgeen naar alle waarschijnlijkheid tot een premiestijging zou leiden. De wetgever heeft het risico dat dit ten koste zou kunnen gaan van de verzekeringsdichtheid onwenselijk geacht.

Dat er desondanks een schuldaansprakelijkheid van ouders en voogden voor onrechtmatige gedragingen van veertien- en vijftienjarige kinderen is opgenomen in artikel 6:169 lid 2 BW, heeft te maken met de verantwoordelijkheid van ouders voor hun minderjarige kinderen. Gemeend werd dat met deze regeling recht wordt gedaan aan zowel de eigen verantwoordelijkheid van deze groep minderjarigen voor door hen aangerichte schade, als aan de verantwoordelijkheid van de ouders.⁴⁰ Voor deze verantwoordelijkheid van de ouders moet volgens de parlementaire geschiedenis niet een te hoge maatstaf gelden, daar ten aanzien van het schuldvermoeden van artikel 6:169 BW tegenbewijs niet moeilijk te leveren zal zijn.⁴¹ De nadruk dient te liggen op de verantwoordelijkheid van de veertien- en vijftienjarigen, omdat deze zich in veel opzichten 'zelfstandig door de maatschappij bewegen en wier gedrag zich dan ook niet of slechts in beperkte mate voor toezicht of rechtstreekse beïnvloeding leent'.⁴²

36 PG Boek 6 BW, Mondeling Overleg, p. 655; vermelding verdient dat deze schuldaansprakelijkheid niet slechts ziet op 'als een doen te beschouwen gedragingen', zoals de aansprakelijkheid voor minderjarigen tot veertien jaar, maar op alle 'fouten' van het kind.

37 PG Boek 6, p. 680.

38 Zoals verderop in de tekst zal blijken is deze groep minderjarigen namelijk nog altijd bijzonder gevoelig voor delinquent gedrag.

39 PG Boek 6 BW, V.C. II Inv. p. 1363. PG Boek 6, MvA II, p. 680 gaat vreemd genoeg uit van 7,5%; zie voor actuele cijfers (1996-2010) betreffende jeugdcriminaliteit Van der Laan & Blom 2011, p. 118 e.v.

40 PG Boek 6 BW, V.C. II Inv. p. 1363.

41 PG Boek 6 BW, M.v.A. I Inv. p. 1369.

42 PG Boek 6 BW, M.v.A. I Inv. p. 1369. Zie hierover ook J.B.M. Vranken, 'Het privaatrecht als wapen in de strijd tegen vandalisme', NJB 1998, p. 633-634, dat een exercitie in civilologie *avant la lettre* vormt.

Ter zijde verdient het opmerking dat de gedachte van toenemende verantwoordelijkheid van minderjarigen eveneens ten grondslag ligt aan de regeling betreffende de handelings-onbekwaamheid van minderjarigen (art. 1:233 jo. 1:234 BW). Volgens de Memorie van Toelichting bij artikel 1:234 BW worden kinderen geacht steeds mondiger te worden naarmate zij ouder worden en zullen zij ‘steeds vaker met toestemming van hun wettelijk vertegenwoordiger rechtshandelingen kunnen verrichten of naar maatschappelijk gebruik geheel zelfstandig optreden’, hetgeen een groeiende verantwoordelijkheid met zich brengt.⁴³

In de volgende paragraaf zal ingegaan worden op de vraag of dit idee van een groeiende verantwoordelijkheid overeenstemt met actuele inzichten op basis van empirisch onderzoek.

3 EMPIRISCHE DATA

3.1 *Algemeen*

Evenals bij een volwassene wordt het gedrag van een kind (mede) beïnvloed door neurologische, genetische en omgevingsafhankelijke (sociale en culturele) factoren.⁴⁴ Van al deze factoren die van invloed zijn, belichten wij er in deze paragraaf twee. Ten eerste de invloed van neurologie wegens de relatief recente voortgang die op dat terrein is geboekt en de interessante bevindingen die deze voortgang heeft opgeleverd met betrekking tot het gedrag van minderjarigen (par. 3.2). Ten tweede de invloed van *peer pressure* wegens het bijzondere belang van dit verschijnsel op het gedrag van minderjarigen en het relatief grote gewicht dat aan deze factor wordt toegekend in de criminologie (par. 3.3). Beide factoren hebben gemeenschappelijk dat zij zich buiten de invloedssfeer van ouders bevinden en dus relevant kunnen zijn voor ons oordeel over de morele verantwoordelijkheid van ouders voor het gedrag van hun kinderen.

3.2 *Neurologische inzichten*

Dat neurologische data van grote betekenis kunnen zijn binnen het (straf)recht, is (inmiddels) een algemeen geaccepteerde gedachte in de literatuur.⁴⁵ Een sprekend voorbeeld van de groeiende invloed van neurologische data op het strafrecht is een uitspraak van het hooggerechtshof van de Verenigde Staten uit 2005.⁴⁶ In deze uitspraak stelde het Ameri-

⁴³ Jansen, art. 1:234 BW, Aant. 2.1.

⁴⁴ Baker e.a. 2009, p. 17-18 en Freeman 2011, p. 6. Voor wat betreft de invloed van de mate van intelligentie zie Veenstra 2006.

⁴⁵ De Kogel, Schrama & Smit 2011; Mackor 2010; Elemans 2008; Farahany 2009.

⁴⁶ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

kaanse hoogerechtshof dat de doodstraf voor minderjarigen ongrondwettig is. Het hof grondde deze stelling in belangrijke mate op heersende neurologische inzichten⁴⁷ dat het handelen van minderjarigen minder verwijtbaar is vanwege roekeloosheid, gebrek aan volwassenheid, de mate van beïnvloeding door *peers* en de beperkte capaciteit tot het maken van een relevante kosten-batenafweging.⁴⁸

Ook in Nederlandse rechtspraak zijn neurologische inzichten aan de orde gekomen in een zaak betreffende een vijftienjarige Jehova's getuige die een bloedtransfusie weigerde vanwege zijn geloofsovertuiging.⁴⁹ De kinderrechtster stond voor de vraag of deze minderjarige om die reden onder toezicht gesteld diende te worden. Bij het bespreken van de oordeelsbekwaamheid van de minderjarige stelde de rechtbank dat bij een jeugdige in de leeftijd van minderjarige het onvermogen tot relativeren, abstraheren en langetermijndenken opspeelt, 'nu het puberbrein nog in aanbouw is en de adolescentie, die – volgens gangbare wetenschappelijke inzichten – tot zeker na het twintigste jaar doorloopt, vooral slaat op de ontwikkeling van de hersenen. Gevolg hiervan is, zo stellen de behandelend psychiaters van minderjarige vast, dat in dit stadium van psychologische ontwikkeling de minderjarige nog steeds verminderd oordeelsbekwaam is ten opzichte van volwassenen die de fase van puberteit en adolescentie volledig hebben doorlopen en een individuele identiteit hebben ontwikkeld'.⁵⁰ Interessant aan deze zaak is dat de rechter ingaat op algemene neurologische inzichten en zich niet beperkt tot de individuele psychologische toestand van de betreffende minderjarige.

Deze twee voorbeelden geven blijk van een groeiende invloed van neurologische data op rechterlijke besluitvorming. Deze data zijn van belang voor de wettelijke regeling betreffende de civielrechtelijke aansprakelijkheid van minderjarigen (art. 6:164 en 6:169 BW). De daarin neergelegde leeftijdsgrenzen zijn immers onder meer gemotiveerd met het veronderstelde toenemende verantwoordelijkheidsgevoel van minderjarigen. In hoeverre is deze veronderstelling juist in het licht van thans beschikbare neurologische kennis?

Bij de bespreking van deze vraag verdient met name (de groei van) de prefrontale cortex aandacht.⁵¹ Deze is van groot belang voor de ontwikkeling tot volwassene. Dit deel van de hersenen heeft een belangrijke functie bij cognitieve, sociale en emotionele processen. Reeds vele malen is vastgesteld dat er een onlosmakelijk verband bestaat tussen de prefrontale ontwikkeling en de cognitieve ontwikkeling bij kinderen en adolescenten.⁵² De ontwik-

47 Zoals: Arnett 1992, Steinberg & Scott 2003, en Erikson 1968.

48 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), r.o. 599, 622.

49 Rb. Amsterdam 12 maart 2010, LJN: BL9136.

50 Rb. Amsterdam 12 maart 2010, LJN: BL9136, r.o. 7.

51 De prefrontale cortex is gelegen in het voorste deel van de frontale kwab en wordt, zoals verderop in deze paragraaf zal blijken, geassocieerd met sociale en cognitieve functies.

52 Baird 2009, p. 87-88. Crone, Will, Overgaauw & Güroglu (in press), p. 3: adolescentie is de fase waarin de ontwikkeling van kind tot volwassene plaatsvindt. Aangenomen wordt dat de adolescentie van ongeveer het

keling van de prefrontale cortex leidt tot belangrijke verbeteringen in de besluitvorming, het begrijpen van reacties, het controleren van impulsen, het vermogen abstract te kunnen redeneren, te kunnen plannen en organiseren en de beheersing van gedrag en emoties in het algemeen. De minderjarige ontwikkelt zich hierdoor langzaam maar zeker tot een onafhankelijke, zelfstandige persoon die in staat is ethische beslissingen zelfstandig te nemen.⁵³

Omdat de prefrontale cortex nog niet volledig is ontwikkeld ten tijde van de adolescentie,⁵⁴ hebben het kind en de adolescent⁵⁵ – de adolescent begrijpelijkerwijs in mindere mate dan het kind – een gebrekkig sociaal en cognitief vermogen, waardoor zij veelal niet optimaal in staat zijn de consequenties van hun daden te overzien.⁵⁶ Dit is een belangrijke verklaring voor de kwalificatie van de leeftijdscategorie 15-25 als ‘risicofase’, inhoudende dat er in die periode een verhoogde kans is op delinquent gedrag.⁵⁷ Vooral bij veertien- en vijftienjarigen is de activiteit van de ‘emotionele hersengebieden’ groot.⁵⁸ Dit kan leiden tot het ongeoorloofd nemen van risico’s tot het verkrijgen van een ‘emotionele kick’, omdat, zoals gesteld, op deze leeftijd de prefrontale cortex, die zorgt voor het temperen van dergelijke impulsen, veelal nog niet volledig ontwikkeld is.⁵⁹

3.3 *De invloed van peer pressure*

Een neurologische verklaring biedt in geringe mate inzicht in de oorzaak van het gedrag van de minderjarige; het geeft geen sluitend antwoord op de vraag waarom het ene kind wel en het andere niet een rationele afweging heeft gemaakt of kan maken en zich derhalve – naar alle waarschijnlijkheid – normconform gedraagt.⁶⁰ Het maakt echter wel duidelijk dat het maken van rationele afwegingen in beginsel lastiger is voor een minderjarige – met name voor een adolescent – dan voor een volwassene, waaruit logischerwijs volgt dat er meer kans op risicovol of zelfs crimineel gedrag bestaat in deze leeftijdscategorie.

tiende tot het twintigste levensjaar duurt. De adolescentie wordt aangevangen met de pubertijd, welke dus onderdeel uitmaakt van de adolescentie.

53 Baird 2009, p. 101.

54 Fabian 2011, p. 732-755; De Kogel, Schrama & Smit 2011, p. 6: de ontwikkeling van deze hersengebieden kan nog tot de leeftijd van 25 jaar duren.

55 Zie de literatuur genoemd in noot 47. Vanaf de leeftijd van ongeveer tien jaar kan van adolescentie gesproken worden. Bij jongens zal dit doorgaans iets later aanvangen, zie Crone, Will, Overgaauw & Güroglu (in press), p. 3.

56 Junger-Tas 2006, p. 106.

57 Baker e.a. 2009, p. 13.

58 Hetgeen een verklaring kan zijn voor de data betreffende delinquent gedrag in deze leeftijdscategorie waar de memorie bij art. 6:169 BW van uitgaat. Zie hiervoor par. 2.3.

59 De Kogel, Schrama & Smit 2011, p. 6; Van Leijenhof e.a. 2010, p. 345-355.

60 Freeman 2011, p. 6; de link tussen het maken van een rationale afweging en normconform gedrag gaat uiteraard niet altijd op. Betoogd zou kunnen worden dat in sommige gevallen normafwijkend gedrag voortvloeit uit een rationale afweging, mits de pakkans maar klein genoeg is.

Het gedrag van minderjarigen wordt daarnaast sterk beïnvloed door verschillende personen uit de omgeving van de minderjarige, zoals ouders, overige familieleden, vrienden en klasgenoten.⁶¹ Al deze personen dragen een steentje bij aan de ontwikkeling en vorming van de minderjarige. Tijdens de adolescentie neemt de invloed van ouders op de minderjarige echter aanzienlijk af en neemt de invloed van de *peer group* aanzienlijk toe.⁶²

De term '*peer*' betekent in beginsel een 'sociaal gelijke', maar wordt door sociale wetenschappers voornamelijk gebruikt om leeftijdsgenoten aan te duiden.⁶³ Enkel een gelijke leeftijd van adolescenten doet echter niet vanzelfsprekend een *peer group* ontstaan. *Peer groups* worden onder meer gevormd door personen die zich in de nabije omgeving van de adolescent bevinden (*residential proximity*) en personen met gelijke ascriptieve kenmerken (onder meer leeftijd, geslacht en sociale status; *principle of homophily*).

Het belang van *peer pressure* is al geruime tijd onderkend. Vooral bij adolescenten speelt de invloed van *peer groups* een belangrijke rol. Csikszentmihalyi en Larson stellen dat *peers* in vergelijking met andere sociale actoren met afstand het meest aanwezig zijn in het leven van een adolescent.⁶⁴ De adolescent zoekt veelal naar acceptatie (*peer acceptance*).⁶⁵ Gezien de sterke invloed van de *peers*, menen minderjarigen vaak dat *peer*-gerelateerd gedrag noodzakelijk is. Dit zou ertoe kunnen leiden dat minderjarigen relatief gemakkelijk aangezet kunnen worden tot (deelname aan) gevaarlijk, risicovol of strafbaar gedrag.⁶⁶ Aangezien niet alleen de invloed van *peers* toeneemt gedurende de adolescentie, maar in deze leeftijdscategorie eveneens sprake is van een piek in de mate van crimineel gedrag, is het interessant om verder in te gaan op de link tussen deze twee fenomenen.

Volgens Farahany dragen *peers* van adolescenten bij aan het conformeren van de adolescent aan sociaal getolereerd gedrag en straffen zij de adolescent af bij afwijking van de groepsstandaard, volgens Warr met behulp van bespotten of belachelijk maken (*ridicule*).⁶⁷ Veelal doet de angst voor *ridicule* adolescenten dan ook menen dat *peer*-gerelateerd gedrag absoluut noodzakelijk is, aangezien er anders een kans bestaat op uitstoting door de sociale groep waarin zij zich bevinden.⁶⁸ De sterke (emotionele) invloed van *peers* kan ertoe leiden dat minderjarigen relatief gemakkelijk aangezet kunnen worden tot (deelname aan) gevaarlijk, risicovol of strafbaar gedrag.⁶⁹

61 Baird 2009, p. 100.

62 Junger-Tas 2006, p. 106; Warr 2002, p. 11: 'An integral feature of adolescence is the gradual severance of the early emotional ties with parents.'

63 Warr 2002, p. 11.

64 Csikszentmihalyi & Larson 1984, p. 71.

65 Adolescenten pogen te confirmeren aan sociaal getolereerd gedrag; Baird 2009, p. 102; Broekhuizen e.a. 2008, p. 99.

66 Baird 2009, p. 102.

67 Baird 2009, p. 102; Warr 2002, p. 46.

68 Warr 2002, p. 46-47: 'the fear of rejection (...) plagues many adolescents'.

69 Baird 2009, p. 102.

Uit een onderzoek gedaan onder Rotterdamse scholieren, waarbij onderzoek naar het gedrag van elf- en twaalfjarigen werd vergeleken met een drietal externe vergelijkbare onderzoeken, blijkt dat de aanwezigheid van criminele en deviante kinderen in het netwerk van de minderjarige bijna steeds samengaat met aanmerkelijk meer crimineel gedrag van de desbetreffende minderjarige.⁷⁰ Dit bracht de onderzoekers tot de conclusie dat de mate van criminaliteit onder de vrienden van de minderjarige in belangrijke mate het crimineel gedrag van de minderjarige bepaalt. De onderzoekers concludeerden ook tot het tegenovergestelde: bij een geringe mate van criminaliteit onder de vrienden is de kans groot dat de minderjarige zich niet schuldig maakt aan crimineel gedrag. Uit het onderzoek bleek dat niet alleen de mate van criminaliteit in de *peer group* bepalend is, ook de frequentie van het contact met die *peer group* is van belang. Om die reden zullen bijvoorbeeld klasgenoten – welke krachtens de theorie van de *residential proximity* veelal tot de *peer group* van een adolescent zullen behoren – naar alle waarschijnlijkheid veel invloed hebben op het gedrag van de adolescent, daar de adolescent veel tijd met deze personen doorbrengt. Dit is echter slechts een aanname. De onderzoekers stellen dat, gezien de link tussen de frequentie van het contact en de toename in criminaliteit, een betere sociale integratie leidt tot meer criminaliteit.⁷¹ Dit zal echter alleen het geval zijn bij sociale integratie in een criminele *peer group*, hetgeen weer afhangt van de sociale omgeving waarin de adolescent zich bevindt. Anderzijds valt te betogen dat, indien de adolescent zelfstandig criminele neigingen heeft, een betere sociale integratie zou kunnen leiden tot meer hulpbronnen om zijn doelen te realiseren en derhalve tot meer criminaliteit.⁷² Of de minderjarige echter aangezet wordt tot crimineel gedrag vanwege criminele *peers*, of deze *peers* opzoekt als hulpmiddel voor zijn eigen criminele neigingen, de conclusie kan getrokken worden dat de invloed van de *peer group* op het gedrag van minderjarigen groot is, omdat deze *peers* ofwel voor *social pressure* zorgen, ofwel een hulpbron opleveren voor de criminele adolescent. De invloed van de ouders verdwijnt tijdens de adolescentie naar de achtergrond en wordt vervangen door de invloed van de *peers*.⁷³

4 CONCLUSIE

De keuze voor harde leeftijdsgrenzen heeft de wetgever gemaakt met het oog op de rechtszekerheid. Bij de bepaling van de specifieke leeftijdsgrenzen van artikel 6:164 en 6:169 BW hebben twee overwegingen een rol gespeeld. Enerzijds de wens een zo groot mogelijke verzekeringsdichtheid te behouden, anderzijds de gedachte dat kinderen naarmate

⁷⁰ Broekhuizen e.a. 2008, p. 99.

⁷¹ Broekhuizen e.a. 2008, p. 99.

⁷² Van Acker 1998, p. 106-107.

⁷³ Broekhuizen e.a. 2008, p. 103-104.

ze ouder worden meer verantwoordelijkheid kunnen dragen. De keuze voor veertien jaar hangt direct samen met de premies waartegen aansprakelijkheidsverzekeringen werden aangeboden.

Het zijn derhalve vooral overwegingen van praktische aard geweest die redengevend waren voor de vormgeving van de huidige regeling. Normatieve overwegingen zijn – anders dan in de literatuur – in de loop van de parlementaire geschiedenis slechts zijdelings aan de orde gekomen. De voornaamste normatieve overweging lijkt te zijn geweest dat kinderen hun leven niet met een ondragelijke schuld dienen aan te vangen. Deze normatieve overweging is echter gestoeld op de empirische veronderstelling dat jonge kinderen te weinig inzicht hebben in de consequenties van hun gedrag, zodat aansprakelijkheid om die reden onbillijk zou zijn. Zo algemeen gesteld valt daar weinig op af te dingen, maar daarmee is niet gezegd dat het omslagpunt bij veertien jaar ligt. Waar dat omslagpunt – gemiddeld gesproken – ligt, is destijds geen onderwerp van debat geweest.

In vergelijking met de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige aansprakelijkheidsregime voor minderjarigen is de morele component in de discussie over wetsvoorstel 30 519 groot te noemen. De morele verantwoordelijkheid van ouders en het principe dat de vernielers dient te betalen, lijken de voornaamste overwegingen te zijn. De indiener geeft in zijn reactie op het advies van de Raad van State zelfs expliciet aan dat cijfers over de omvang van onverhaalbare schade ‘niet de voornaamste aanleiding kunnen zijn voor het indienen van het onderhavige voorstel’.⁷⁴

Het beschreven empirisch onderzoek werpt licht op gedrag en besluitvorming van jongeren. De gevoeligheid van adolescenten voor *peer pressure* was al langer bekend, maar wordt door recente neurologische bevindingen van extra reliëf voorzien. Omdat de hersenen nog ‘in aanbouw’ zijn, kunnen adolescenten minder goed verantwoorde afwegingen maken. Adolescenten kampen derhalve met neurologische beperkingen die maken dat zij – in bepaalde omstandigheden – eerder risicovol of zelfs crimineel gedrag zullen vertonen. Eenvoudig gezegd zijn mensen tussen grofweg de 15 en 25 jaar vanuit neurologisch perspectief mogelijk verminderd toerekeningsvatbaar.⁷⁵ Mogelijk, want op individueel niveau zullen er verschillen zijn tussen mensen.

Wat is nu de relevantie van deze onderzoeksgegevens voor de artikelen 6:164 en 6:169 BW en voor wetsvoorstel 30 519? De totstandkomingsgeschiedenis van beide artikelen en de motivering van wetsvoorstel 30 519 maken duidelijk dat deze vraag niet eenduidig te beantwoorden is. Voor degenen die zich ter rechtvaardiging van het huidige stelsel vooral

74 Kamerstukken II 2009/10, 30 519, nr. 4, p. 2.

75 Het is in dit kader van belang om het onderscheid te erkennen tussen *Adolescence Limited Delinquency* en *Life Course Persistent Delinquency*: ‘Adolescence-limited antisocial behavior is motivated by the gap between biological maturity and social maturity.’ (Moffitt 1993, p. 687). Met ‘verminderde toerekeningsvatbaarheid’ doelen we op deze *gap* tussen biologische volwassenheid en sociale volwassenheid. ‘[The] contemporary maturity gap encourages teens to mimic antisocial behavior in ways that are normative and adjustive.’ (Moffitt 1993, p. 674).

baseren op de wens om de verzekeringsdichtheid niet te verminderen, hebben gegevens over de mate waarin jongeren persoonlijk een verwijt valt te maken van hun gedrag minder gewicht. Voor hen is het bijvoorbeeld belangrijker om inzicht te krijgen in (i) het verband tussen een verruiming van de aansprakelijkheid van de ouders en de hoogte van de premies en (ii) de mate waarin mensen zich bij het afsluiten van deze verzekering laten leiden door de hoogte van de premie. Rechtsvergelijkende gegevens kunnen in dat verband ook relevant zijn.⁷⁶

Dit ligt anders voor degenen die vooral gewicht toekennen aan de gedachte dat kinderen vanaf veertien jaar meer verantwoordelijkheid aan kunnen en dat ouders daarom slechts in geval van schuld aansprakelijk dienen te zijn. Data die deze veronderstelling ondermijnen, lijken relevant. Hoe dit inzicht vertaald wordt in regelgeving is ook dan evenwel allerminst duidelijk:

- Dienen kinderen ook na de leeftijd van veertien jaar niet persoonlijk aansprakelijk te zijn, omdat zij niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor hun gedrag of moet dat per geval worden bekeken? Het antwoord op deze vraag hangt af van het gewicht dat men wil toekennen aan belangen als rechtszekerheid en de belasting van de rechterlijke macht en het streven naar ‘Einzelfallgerechtigkeit’.
- Als kinderen niet aansprakelijk zijn, dienen ouders dat dan wel te zijn? Enerzijds hebben zij hun kinderen ter wereld gebracht, maar anderzijds hebben ouders na een bepaalde leeftijd nauwelijks meer controle over het gedrag van hun kinderen. Waarom moeten zij dan alle schade dragen, zeker als het gaat om niet-verzekerbare schade?
- Als de invloed van de *peer group* groot is, is de kwaliteit van de buurt waarin ouders wonen van invloed. Een criminele buurt kan een criminele *peer group* opleveren. Maar kunnen de ouders daar iets aan doen als zij geen geld hebben om naar een betere buurt te verhuizen? Wordt sociale problematiek dan niet eenzijdig ten laste van ouders gebracht?⁷⁷
- Ook als wordt aangenomen dat in veel gevallen kinderen noch hun ouders een verwijt valt te maken, dan staat daar tegenover dat dit ook geldt voor de benadeelde. Bovendien zijn er wel meer gevallen waarin aansprakelijkheid zonder schuld wordt aangenomen (bijvoorbeeld art. 6:165, 6:170, 6:171 BW).⁷⁸

Aan deze overwegingen vallen zonder meer andere overwegingen toe te voegen. Duidelijk moge zijn dat directe vertaling van empirische data in regelgeving niet mogelijk is waar

⁷⁶ Zie daarover Du Perron 2002 en Martín-Casals 2006.

⁷⁷ Vgl. SP-fractie uit de Eerste Kamer die stelt dat armoede de beste voorspeller is van jeugdcriminaliteit en daarom oppert dat beleid ter vermindering van de armoede onder jongeren effectiever is, zie Kamerstukken I 2012/13, 30 519 C, p. 4.

⁷⁸ Zie voor een discussie over het wenselijke aangrijpingspunt voor een risicoaansprakelijkheid (activiteit of object), Büyüksagis & Van Boom 2013.

die regelgeving steunt op verschillende praktische en normatieve argumenten. Het gewicht dat aan nieuwe empirische inzichten toekomt, wordt uiteindelijk door normatieve overwegingen bepaald. Het toekennen van beslissend gewicht aan een grote verzekeringsdichtheid is een normatieve keuze. Deze normatieve keuze is als het goed is niet puur subjectief, maar wordt gevoed door de normatieve overwegingen die aan het geldende recht ten grondslag liggen, bijvoorbeeld de notie van slachtofferbescherming. Een nieuwe regel wordt immers ingebed in de bestaande regelgeving en dient omwille van de consistentie en rechtsgelijkheid niet uit te gaan van volstrekt andere normatieve principes. Dit preciseert ook de plaats die toekomt aan de aspiratie van *evidence-based policy making*.⁷⁹ Empirisch onderzoek is van belang om te voorkomen dat de wetgever uitgaat van verkeerde feitelijke veronderstellingen en om achteraf voor zover mogelijk te toetsen of bepaalde feitelijke doelstellingen zijn gerealiseerd. Het formuleren van die veronderstellingen en doelstellingen en het gewicht wat daaraan dient te worden toegekend, is echter een normatieve exercitie.⁸⁰

LITERATUUR

Van Acker 1998

J. van Acker, *Jeugdcriminaliteit: feiten en mythen over een beperkt probleem*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1998.

Arnett 1992

J. Arnett, 'Reckless Behavior in Adolescence: A Developmental Perspective', *Developmental Review* 12, 339 (1992).

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV*. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.

Baird 2009

A.A. Baird, 'The Developmental Neuroscience of Criminal Behavior', in: N.A. Farahany, *The Impact of Behavioral Sciences on Criminal Law*, Oxford Scholarship Online 2009.

⁷⁹ Zie over *evidence-based policy making* met name de bijdragen van Antokolskaia en Low in dit boek.

⁸⁰ Zie Giesen 2011, p. 1072-1073. Vgl. ook Vranken die in zijn noot sub 28 onder HR 5 juni 2009, NJ 2009, 184 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*) stelt dat multidisciplinaire en empirische gegevens juridisch nooit beslissend zijn. Daaraan kan worden toegevoegd dat dit slechts anders is indien de normatieve keuze is gemaakt dat empirische overwegingen beslissend zijn.

Baker e.a. 2009

L.A. Baker, S. Bezdjian & A. Raine, 'Behavioral Genetics: The Science of Antisocial Behavior', in: N.A. Farahany, *The Impact of Behavioral Sciences on Criminal Law*, Oxford Scholarship Online 2009.

Broekhuizen 2008

J. Broekhuizen, F.M.H.M. Driessen & B. Völker, 'Sociale netwerken en jeugdcriminaliteit', *Justitiële verkenningen* 2008, jrg. 34, nr. 5.

Büyüksagis & Van Boom 2013

E. Büyüksagis & W.H. van Boom, 'Strict liability in contemporary European Codification: torn between objects, activities and their risks', 44 *Georgetown Journal of International Law* 2013, p. 609-640.

Crone 2012

E.A. Crone, G.J. Will, S. Overgaauw & B. Güroglu, Social decision-making in childhood and adolescence, in: P.A.M. van Lange, B. Rockenbach & T. Yamagishi, *Social Dilemmas: New Perspectives on Reward and Punishment*, New York: Oxford University Press (in press).

Csikszentmihalyi & Larson 1984

M. Csikszentmihalyi & R. Larson, *Being Adolescent: Conflict and Growth in the Teenage Years*, New York: Basic Books 1984.

Elemens 2008

A.W.A. Elemans, 'Whiplash en de nieuwe richtlijnen van neurologen. Hoe nu verder?', *Verkeersrecht* 56 (9).

Erikson 1968

E. Erikson, *Identity: Youth and Crisis*, New York: W.W. Norton Company 1968.

Fabian 2011

J.M. Fabian, 'Applying Roper v. Simmons in Juvenile Transfer and Waiver Proceedings: A legal and Neuroscientific inquiry', *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, augustus 2011, vol. 55, nr. 5.

Farahany 2009

N.A. Farahany, *The Impact of Behavioral Sciences on Criminal Law*, Oxford Scholarship Online 2009.

Freeman 2011

M. Freeman, *Law and Neuroscience*, Oxford Scholarship Online 2011.

Giesen 2011

I. Giesen, 'Recht en ... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben', *WPNR* 2011/6912, p. 1065-1074.

Van der Grinten 1968

W.C.L. van der Grinten, *Aansprakelijkheid van en voor minderjarigen en geestelijk gestoorden*, preadvies uitgebracht voor de Vergadering van de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap, Deventer: Kluwer 1968.

Hammerstein-Schoonderwoerd 1975

W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Minderjarig, minderwaardig? Een studie over de rechtspositie van de minderjarige in het privaatrecht* (diss. Nijmegen), 1975.

Hartlief 2006

T. Hartlief, 'Jeugdcriminaliteit: de vernielers betaalt', *NJB* 2006/22.

Jansen 2012

I. Jansen, *Groene Serie Personen- en familierecht*, aantekeningen bij artikel 1:234 BW, titel 13, afdeling 1, aantekening 2.1 (losbl. en online).

Junger-Tas 2006

J. Junger-Tas, 'Bespreking van Ido Weijers, De pedagogische uitdaging van het jeugdstrafrecht', *PROCES* 2006/3 (Ido Weijers, *De pedagogische uitdaging van het jeugdstrafrecht*, Amsterdam: SWP 2005).

Klaassen 1991

C.J.M. Klaassen, *Risicoaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

De Kogel 2011

C.H. de Kogel, W.M. Schrama & M. Smit, 'Civiel recht en neurowetenschap', *WPNR* 2011/6912.

Van der Laan en Blom 2011

A.M. van der Laan & M. Blom, *Jeugdcriminaliteit in de periode 1996-2010, Ontwikkelingen in zelfgerapporteerde daders, door de politie aangehouden verdachten en strafrechtelijke*

dadere op basis van de Monitor Jeugdcriminaliteit 2010, Cahier 2011-2, Den Haag: WODC 2010.

Van Leijenhorst 2010

L. van Leijenhorst e.a., 'Adolescent Risky Decision Making: Neurocognitive Development of Reward and control Regions', *NeuroImage* 51, 2010.

Mackor 2010

A.R. Mackor, 'Strafrecht en neurowetenschappen. Hoop, huiver of hype?', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 39(1).

Martín-Casals 2006

M. Martín-Casals (ed.), *Children in Tort Law, Part I: Children as Tortfeasors, Tort and Insurance Law*, Vol. 17, Springer Wien NewYork 2006.

Moffitt 1993

T.E. Moffitt, 'Adolescence-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy', *Psychological Review* 1993, 100.

Paijmans 2007

B.M. Paijmans, 'Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen', *AV&S* 2007, 9.

Du Perron 2002

C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders in Europees Perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria: Opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn zeventigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002.

Schut 1963

G.H.A. Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. VU) Amsterdam, 1963.

Steinberg & Scott 2003

L. Steinberg & E.S. Scott, 'Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty', 58 *Am. Psychologist* 1009, 1014 (2003).

Veenstra 2006

R. Veenstra, 'Heropvoeden van delinquent jongeren met hulp van leeftijdsgenoten', bespreking van: C. Nas, *'EQUIPping' delinquent male adolescents to think pro-socially* (diss. Utrecht), *Tijdschrift voor Criminologie* 2006 (48)1.

Warr 2002

M. Warr, *Companions in Crime – The Social Aspects of Criminal Conduct*, Cambridge University Press 2002.

21 PREVENTIE VAN ARBEIDSUITVAL

Ontwikkelingen in arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid

Y. Bacharias, S.D. Lindenbergh en P. Mascini

SAMENVATTING

In de afgelopen decennia is het publieke bestel ingrijpend gewijzigd met de bedoeling ervoor te zorgen dat werkgevers en werknemers meer gezamenlijke verantwoordelijkheid nemen bij de preventie van arbeidsongevallen. Dit zou ertoe moeten leiden dat werkgevers hun veiligheidsbeleid intensiveren, daarbij hun werknemers in toenemende mate betrekken en daarin werknemers in toenemende mate aanspreken op hun eigen verantwoordelijkheden. Bovendien veronderstelt de stelselherziening dat beide partijen naar de civiele rechter stappen om handhaving af te dwingen en dat rechters de responsabilisering van individuele werknemers erkennen in hun uitspraken. Deze veronderstellingen hebben wij getoetst aan de hand van de manier waarop het veiligheidsbeleid van een energiebedrijf zich heeft ontwikkeld en aan een analyse van de wetgeving en jurisprudentie op het gebied van de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Onze bevindingen laten zien dat de werkgever zijn veiligheidsbeleid heeft geïntensiveerd en de verantwoordelijkheid van individuele werknemers heeft uitgebreid, maar dat deze veranderingen de gezamenlijkheid van het veiligheidsbeleid hebben verkleind in plaats van vergroot. Ook blijkt dat preventieve private handhaving via het aansprakelijkheidsrecht geen rol van betekenis speelt en dat rechters de responsabilisering van werknemers niet onderkennen, maar juist compenseren door hen meer in bescherming te nemen. Dit betekent dat bedoelde en onbedoelde gevolgen van de decollectivering van de bescherming tegen arbeidsuitval elkaar afwisselen.

1 INLEIDING

Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw werden de betaalbaarheid en achterliggende (mens)beelden van de Nederlandse verzorgingsstaat steeds openlijker ter discussie gesteld. Deze zou onbetaalbaar zijn geworden, calculerend gedrag uitlokken en burgers onnodig afhankelijk maken van de staat. Hierdoor is in de afgelopen decennia steeds meer verantwoordelijkheid voor het tegengaan van arbeidsuitval van zieke en arbeidsongeschikte werknemers neergelegd bij werkgevers en werknemers. Dit geschiedt onder andere met behulp van financiële prikkels, zoals met de Wet verbetering poortwachter, de wetgeving

loondoorbetaling tweede ziektejaar en het nieuwe WAO-stelsel.¹ Bij ziekte moeten werkgevers lange tijd het loon van hun werknemer doorbetalen en bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid worden zij afgerekend op hun inspanningen om werknemers te laten re-integreren. Voor werknemers zijn de financiële risico's en belangen eveneens toegenomen. Zo is eerst het uitkeringsniveau van de WAO teruggebracht van 80 naar 70% van het inkomen (1985).² Vervolgens is het werkloosheidsrisico niet langer verdisconteerd (1987). Daarna is de duur van de uitkering van 70% van het inkomen verkort (1993) en zijn de keuringseisen verscherpt.³ Ook is de toegang tot de WAO in het kader van de Wia (2006) verder beperkt en is het stelsel meer gericht op herintreding in het arbeidsproces of doorstroming naar de Bijstand dan op vergoeding van inkomensverlies. Kortom: in toenemende mate wordt de nadruk gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van rechtssubjecten.

Deze herzieningen van het publieke bestel werken ook door op het gebied van de arbeidsomstandighedenwetgeving. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw wordt steeds meer nadruk gelegd op het stimuleren van de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers. Dit onder andere naar aanleiding van het ook in Nederland invloedrijke rapport van de Britse commissie-Robens.⁴ Deze commissie was van mening dat werknemers en werkgevers zich beide zullen inspannen voor de verbetering van de arbeidsomstandigheden als zij daartoe de gelegenheid krijgen, omdat zij gezamenlijke belang hebben bij optimale arbeidsomstandigheden. Eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers wordt in de Arbeidsomstandighedenwet gestimuleerd door het creëren van ruimte voor maatwerk. Met dat laatste wordt bedoeld dat werkgevers en werknemers gezamenlijk inhoud geven aan arbobeleid, waardoor branche- of bedrijfsspecifieke oplossingen tot stand komen. De overheid stimuleert dit door zo veel als mogelijk doelvoorschriften op te nemen in de regelgeving en middelvoorschriften te beperken. Doelvoorschriften verplichten de werkgever tot het realiseren van een minimum beschermingsniveau voor zijn werknemers. De werkgever is vervolgens vrij om te kiezen hoe hij dit niveau bereikt. Dit betekent dat werkgevers en werknemers zich sterker kunnen richten op de risico's die voor hun sector belangrijk zijn en daarbij een aanpak kunnen kiezen die bij de sector past. Dit heeft ook gevolgen voor de handhaving door de Arbeidsinspectie, die dus gericht dient te zijn op de door werkgevers en werknemers opgestelde normen. Ook heeft de overheid bepaald dat handhaving mede een taak voor de private partners is en dat zij geacht worden elkaar aan te spreken tot naleving, eventueel via de rechter.⁵ Met de introductie van artikel

1 Zie Barentsen 2003 en Van der Veen 2005.

2 SER, Werken aan arbeidsgeschiktheid: voorstellen WAO-beleid, SER Adviezen, nr. 2002/05, p. 16.

3 Zie Barentsen 2003.

4 Zie Mascini 1999.

5 Zie bijvoorbeeld SER-Adviesaanvraag Evaluatie Arbowet 1998, AVB/AIS 0469630, p. 10 en Memorie van toelichting Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Kamerstukken II 1997/98, 25 879, nr. 3). Men streeft hierbij geen volledige civielrechtelijke handhaving na, maar de Arbeidsinspectie zal zich concentreren op misstanden

12 van de Arbowet 1984 (thans art. 11 Arbowet 1998) zijn voorts verplichtingen ten aanzien van de preventie van ongevallen opgenomen die specifiek op de werknemer zijn gericht. Volgens dit artikel is de werknemer verplicht zijn persoonlijke beschermingmiddelen te dragen, onderricht te volgen en in geval van gevaarlijke situaties het werk neer te leggen en zijn leidinggevende op de hoogte te stellen van de gevaarlijke situatie.

Centraal uitgangspunt van de herziening van het sociale zekerheidsstelsel waar het de voorkoming van arbeidsuitval betreft, is dat zelfregulering en -handhaving leiden tot betere resultaten. Het is de bedoeling dat de grotere financiële belangen die zowel werkgevers als werknemers hebben gekregen in verband met arbeidsuitval van zieke en arbeidsongeschikte werknemers gepaard gaan met meer preventie. De aanpassingen van de arbowetgeving zouden meer draagvlak van werkgevers en werknemers moeten opleveren, doordat het veiligheidsbeleid door henzelf en in samenspraak en passend voor de situatie tot stand is gebracht. Ook is de verwachting dat het economisch voordeliger is, aangezien meer specifiek vorm wordt gegeven aan onderdelen van het arbobeleid die noodzakelijk zijn voor de onderneming of de sector.⁶ Uit dit uitgangspunt kan een drietal gedragspresumpties en bijbehorende gedragseffecten worden gedestilleerd.⁷

De eerste gedragspresumptie is dat het vergroten van de eigen verantwoordelijkheden en financiële belangen werkgevers en werknemers stimuleert om meer inspanningen te verrichten op het gebied van preventie. Dit gebeurt in de eerste plaats door met behulp van financiële prikkels de belangen van werkgevers en werknemers bij het vermijden van arbeidsuitval te vergroten. Daarnaast zijn in de arbeidsomstandighedenwetgeving instrumenten verankerd om werknemers aan te spreken op de eigen verantwoordelijkheid. Wij zullen het veiligheidsbeleid van een energiebedrijf analyseren om te zien of er een intensivering van het veiligheidsbeleid heeft plaatsgevonden en of individuele medewerkers in toenemende mate worden aangesproken op hun eigen verantwoordelijkheden op het gebied van preventie.

De tweede gedragspresumptie is dat de geboden ruimte voor maatwerk ook daadwerkelijk wordt benut door werkgevers en werknemers om *gezamenlijk* het arbobeleid tot stand te brengen. Wij bekijken of er maatwerk tot stand is gekomen in onze casestudy door stil te staan bij de perceptie van de werknemers met betrekking tot het veiligheidsbeleid. Is het inderdaad passend voor de desbetreffende werkvloer? Met andere woorden, wordt in de ogen van de werknemers evenveel aandacht besteed aan alle concrete risico's die zij lopen?

en op sectoren waar werkgevers en werknemers geen afspraken hebben gemaakt. Voor de sectoren waar dit wel is gebeurd, wordt meer overgelaten aan de zelfredzaamheid van werkgevers en werknemers.

6 Zie Memorie van Toelichting Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998, Kamerstukken II 2005/06, 30 552, nr. 8.

7 De gedragspresumpties en -effecten zijn ontleend aan de uitgangspunten van het stimuleren van de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers, zoals verwoord in bijvoorbeeld de SER-Adviesaanvraag Evaluatie Arbowet 1998, AVB/AIS 0469630, p. 7.

De derde gedragspresumptie is dat handhaving primair een verantwoordelijkheid is van de private partners zelf. Dat wil dus zeggen dat werkgevers en werknemers elkaar zullen aanspreken tot nakoming, eventueel via de rechter. Voorwaarde hierbij is dat rechters dezelfde maatstaven hanteren als welke ten grondslag liggen aan de hervormingen van de arbeidsomstandighedenwetgeving en dat zij het veiligheidsbeleid dus zien als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers. Dat impliceert dat rechters niet uitsluitend werkgevers verantwoordelijk achten voor een goed werkend veiligheidsbeleid, maar ook de eigen verantwoordelijkheid van werknemers erkennen in hun uitspraken. Wij gaan na hoe het aansprakelijkheidsrecht zich de afgelopen decennia heeft ontwikkeld. Zo kan bekeken worden of er inderdaad sprake is van private handhaving. Stappen partijen daadwerkelijk naar de civiele rechter om handhaving af te dwingen? Met andere woorden, wordt het aansprakelijkheidsrecht preventief gebruikt? En wordt in rechterlijke uitspraken in toenemende mate invloed toegekend aan de eigen verantwoordelijkheid van werknemers?

In dit hoofdstuk houden wij de drie gedragspresumpties kritisch tegen het licht. Zijn de beoogde gedragseffecten daadwerkelijk gerealiseerd? Is er wellicht sprake geweest van onbeoogde negatieve of positieve effecten? Deze vragen worden in de navolgende paragrafen beantwoord aan de hand van een casestudy naar het veiligheidsbeleid van een energiebedrijf en een analyse van de wetgeving en jurisprudentie op het gebied van de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten.

2 DE CASESTUDY

In deze paragraaf toetsen wij de eerste twee gedragspresumpties. Allereerst beschrijven wij de ontwikkelingen in het veiligheidsbeleid van een energiebedrijf zoals die de afgelopen decennia hebben plaatsgevonden om te zien of er inderdaad sprake is van een intensivering van het veiligheidsbeleid en of daarbij in toenemende mate sprake is van responsabilisering van werknemers. Vervolgens onderzoeken wij de perceptie van werknemers ten aanzien van dit beleid om te zien of maatwerk tot stand is gekomen en welke consequenties zij hieraan verbinden.

De gegevens voor dit onderzoek zijn gebaseerd op observaties en gesprekken met werknemers door twee onderzoekers die gedurende een half jaar veldwerk hebben verricht in verschillende gas- en elektriciteitsteams.⁸ Het werk dat in de onderzochte monteurteams wordt verricht, brengt aanzienlijke risico's met zich. Medewerkers moeten werken onder – elektrische – (hoog)spanning en kunnen te maken krijgen met ontploffingen, verbran-

8 De onderzoeksopzet is verantwoord in het interne onderzoeksrapport 'Veiligheidscultuur bij XXXX' van I. Abaaziz, Y. Bacharias en P. Mascini, dat kan worden opgevraagd bij laatstgenoemde auteur mascini@fsw.eur.nl.

dingen, gasuitbraken, verplaatsingsongevallen en verkeersongelukken. Ieder jaar worden binnen de onderzochte onderneming verschillende werknemers getroffen door ongevallen met verzuim tot gevolg. Deze diversiteit aan risico's maakt deze organisatie bij uitstek geschikt om te toetsen of er maatwerk is gerealiseerd.

2.1 *Analyse van het veiligheidsbeleid: intensivering en responsabilisering individuele medewerkers*

De afgelopen jaren is het veiligheidsbeleid van de onderzochte organisatie geïntensiveerd. In de eerste plaats zijn van overheidswege opgestelde landelijke normen voor het werken met elektrische en gasinstallaties in de bedrijfsvoering geïmplementeerd. Het bedrijf heeft cursussen ingevoerd om medewerkers kennis van deze normen bij te brengen. Medewerkers die deze cursus niet met goed gevolg afsluiten, krijgen geen aanwijzing en mogen als gevolg daarvan bepaalde werkzaamheden niet verrichten. Op basis van de overheidsregelgeving zijn ook werkplannen, schakelplannen en raamopdrachten geïntroduceerd die op een gestructureerde manier aangeven hoe monteurs het werk moeten uitvoeren en hoe de verantwoordelijkheden zijn verdeeld.

In de tweede plaats is de organisatie meer gaan doen dan is voorgeschreven door de overheid. Op eigen initiatief is zij erin geslaagd een VCA-certificaat te halen. Op basis van de Veiligheid, Gezondheid en Milieu checklist aannemers (VCA) dient een bedrijf dan bijvoorbeeld te beschikken over een veiligheidsbeleid, veiligheidscursussen aan te bieden en toolbox-bijeenkomsten te organiseren. Een certificerende instelling onderzoekt of een bedrijf in voldoende mate aan de VCA voldoet. Ook verplicht de VCA tot werkplekinspecties door veiligheidsdeskundigen, teamleiders of andere leidinggevenden. Medewerkers die zich niet aan de veiligheidsregels houden door bijvoorbeeld geen persoonlijke beschermingsmiddelen te gebruiken, kunnen een waarschuwing krijgen. Herhaaldelijke waarschuwingen kunnen een negatieve aantekening in het personeelsdossier of een boete opleveren en in het uiterste geval ontslag. Ook is een aparte afdeling opgericht, bestaande uit veiligheids- en milieudeskundigen, die zich bezighoudt met de implementatie van veiligheidsbeleid.

We kunnen dus stellen dat het vergroten van de eigen verantwoordelijkheid van werkgever en werknemers effect heeft gehad op het preventiebeleid met betrekking tot arbeidsongevallen in het door ons onderzochte bedrijf. De werkgever heeft zijn veiligheidsbeleid geïntensiveerd en bovendien zijn meerdere instrumenten ter responsabilisering van individuele medewerkers (onder andere trainingen, toezicht en bedrijfsinterne sanctionering) in dit beleid geïncorporeerd.

2.2 *Perceptie werknemers: onevenwichtig en persoonsgebonden veiligheidsbeleid*

De centrale elementen van het veiligheidsbeleid in de onderzochte onderneming zijn regels en procedures, controle en handhaving, en opleiding en training. Deze maatregelen zijn bedoeld om individuele medewerkers in staat te stellen veilig te werken. De meeste maatregelen zijn centraal geregeld door de veiligheidsafdeling en van bovenaf opgelegd door de bedrijfsleiding. Via verschillende hiërarchische niveaus worden de maatregelen geconcretiseerd voor tactische en operationele activiteiten.

Medewerkers ervaren dit veiligheidsbeleid in de eerste plaats als onevenwichtig. Naar hun mening is het veiligheidsbeleid toegespitst op persoonsgebonden veiligheid. Hierdoor blijft de organisationele verantwoordelijkheid voor veiligheid onderbelicht. Zo wordt in trainingen en cursussen de nadruk gelegd op het belang van het naleven van veiligheidsvoorschriften, het dragen van veiligheidskleding, het juiste gebruik van gereedschappen en het weigeren van onveilig werk. Met behulp van werkplekinspecties wordt gecontroleerd of medewerkers zich aan deze veiligheidsregulering houden en er kunnen eventueel sancties opgelegd worden. Daarnaast is veilig werken onderdeel geworden van functioneringsgesprekken. Ook worden (bijna)ongevallen besproken tijdens het werkoverleg, met speciale aandacht voor de vraag of medewerkers zich aan de veiligheidsvoorschriften hebben gehouden. Volgens de medewerkers worden daarmee gevaarlijke situaties en ongevallen te eenzijdig voorgesteld als het gevolg van het niet naleven van veiligheidsvoorschriften door de desbetreffende medewerker(s). Naar hun mening gaat er echter vaak een heel traject vooraf aan gevaarlijke situaties. Bijvoorbeeld in de voorbereiding en planning, waarbij soms de juiste materialen niet op de werkplek aanwezig zijn en tekeningen of schema's niet kloppen. Ook zijn er door besparingen op onderhoudskosten storingsgevoelige plekken in het gasleidingennetwerk ontstaan, als gevolg waarvan monteurs zich soms geconfronteerd zien met gevaarlijke situaties, zoals met gas volgelopen kelders en kruipruimten. Tevens klagen monteurs dat zij bepaalde werkzaamheden uit efficiencyoverwegingen alleen moeten uitvoeren, terwijl uit veiligheidsoverwegingen een tweede monteur wenselijker is.

In de tweede plaats vinden monteurs dat bepaalde onveilige situaties en (gezondheids)risico's onderbelicht blijven door het persoonsgebonden karakter van het veiligheidsbeleid. Door te concentreren op de verantwoordelijkheid van de individuele medewerker is er onvoldoende aandacht voor risico's die deze buiten zijn 'schuld' om loopt. Zo klagen medewerkers dat het werken in moeilijke omstandigheden – bijvoorbeeld kleine kruipruimtes die vaak ook nog eens nat en koud zijn, het zware graafwerk, etcetera – in de loop der jaren zijn tol geëist heeft van het lichaam, zich uitend in problemen aan knieën en rug. Deze beroepsziekten blijven in het huidige beleid naar de mening van de medewerkers onderbelicht. Hetzelfde geldt voor psychische schade. Een deel van de medewerkers geeft

aan last te hebben van stressgerelateerde ziektebeelden – onder andere hoge bloeddruk en depressie – die zij zelf (deels) wijten aan de roerige periodes van de afgelopen jaren en de toegenomen werkdruk. Het risico van een verkeersongeval, dat verhoogd wordt door de toegenomen werkdruk, is een ander aspect waarover werknemers zich zorgen maken. Verder geven medewerkers aan in bepaalde wijken niet graag alleen een avonddienst te moeten draaien, omdat zij zich daar niet veilig voelen.

Kortom: het vergroten van de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers heeft in het door ons onderzochte bedrijf niet geleid tot maatwerk. Het veiligheidsbeleid wordt top-down gehandhaafd en medewerkers ervaren het als onevenwichtig en te persoonsgebonden, waardoor het geen reële aansluiting heeft op de risico's die zij daadwerkelijk lopen tijdens hun werkzaamheden. Hun voornaamste bezwaar is dat de verantwoordelijkheid van de organisatie voor aspecten van het werkproces waarop medewerkers minder invloed hebben ten onrechte buiten beeld blijft en dat nu te veel nadruk wordt gelegd op de individuele verantwoordelijkheid van de medewerker die specifieke gevaarlijke werkzaamheden verricht.

2.3 *Reacties werknemers: fatalisme en de perceptie van een afrekencultuur*

De perceptie dat de werkgever de verantwoordelijkheid voor veiligheid in toenemende mate op de werknemer afschuift, lokt reacties uit aan de zijde van werknemers.

Allereerst voelen zij zich niet serieus genomen door de organisatie die in hun ogen niet aan alle risico's die de medewerkers lopen evenveel aandacht geeft. Dit zorgt niet alleen voor verstoorde verhoudingen, maar leidt eveneens tot *fatalisme*. Omdat medewerkers veel onveilige situaties tegenkomen waarvoor zij de organisatie verantwoordelijk achten, maar waarvan zij het idee hebben dat die buiten het veiligheidsbeleid vallen, ontstaat het idee dat daar toch 'niets aan te doen valt'. Dit heeft tot gevolg dat men bereid is aanzienlijke risico's te accepteren en werk uit te voeren dat men eigenlijk te gevaarlijk vindt.

Zo gaven monteurs aan soms te werken in krappe ruimtes waar ze onvoldoende bewegingsvrijheid hebben, met als gevolg dat het vrijwel onmogelijk is alle veiligheidsvoorschriften na te leven. Ook gaf men aan bepaalde werkzaamheden toch te verrichten, ook al ontbraken in sommige gevallen de juiste persoonlijke beschermingsmiddelen. Monteurs vertelden bijvoorbeeld dat in gevallen waarin een miniblaas ontbrak die nodig is om zonder gasdruk een gaskraan op een binnenaansluiting te verwisselen, zij terugvielen op de oude methode, en snel onder druk de kraan verwisselden. Dit verloopt weliswaar meestal zonder problemen, maar als het fout gaat, kan dit steekvlammen en zelfs explosies tot gevolg hebben.

Ook wanneer de juiste materialen ontbreken, kan dit tot gevaarlijke situaties leiden.

Zo was een monteur bezig met het aanbrengen van leidingen. Hij beschikte niet over voldoende montagebeugels. Om toch de klus af te kunnen maken, ging hij naar een ijzerboer om iets te laten maken dat als beugel dienst zou kunnen doen. Later op de dag haalde hij echter zijn hand open aan een uitsteeksel van de zelfgemaakte beugel, met als gevolg dat een pees doorgeknipt moest worden.

Het fatalisme wordt verder versterkt door de geringe terugkoppeling op incidentmeldingen, vooral op meldingen die betrekking hebben op niet-persoonsgebonden veiligheid en gezondheidsrisico's.

Zo vertelde een storingsmonteur dat hij tijdens zijn avonddienst toegang nodig had tot een bovengelegen appartement waarvan de bewoners niet thuis waren. Hij moest wachten tot de bewoners weer thuis zouden komen. De mensen die hierdoor zonder licht zaten, namen hier geen genoegen mee en begonnen de monteur uit te schelden en te bedreigen. Tot frustratie van de desbetreffende monteur ontving hij geen terugkoppeling op zijn meldingen van deze gebeurtenis.

Er zijn dan ook medewerkers die niet meer de moeite nemen om onveilige situaties te melden (de zogenoemde incidentmeldingen). Waar zij dit wel doen, heeft dit slechts een ceremoniële functie en beperken zij zich tot de twee verplichte incidentmeldingen per jaar en vaak behelzen deze meldingen niet eens de belangrijkste zaken, maar gaan zij over zaken als loszittende planken in een bouwkeet of een instabiel trapje. De werknemers melden dus niet alleen om te zorgen dat de organisatie daarvan kan leren, maar ook om te voorkomen dat ze kunnen worden aangesproken op onderrapportage.

In de tweede plaats heeft de hiervoor beschreven onevenwichtigheid van het veiligheidsbeleid en de nadruk op de persoonlijke verantwoordelijkheid voor veiligheid, in combinatie met de toenemende bureaucratisering van het veiligheidsbeleid, geleid tot de perceptie van een *afrekencultuur*. De bureaucratisering is ontstaan door de toegenomen registratie van verantwoordelijkheden en bevoegdheden op veiligheidsgebied, maar ook doordat medewerkers steeds meer hun bezigheden moeten verantwoorden door middel van werkformulieren. De bureaucratisering veroorzaakt bij de medewerkers het gevoel dat zij in de gaten worden gehouden. In combinatie met de hiervoor beschreven nadruk op persoonlijke verantwoordelijkheid en de toegenomen toezicht- en sanctiemogelijkheden heeft dit ervoor gezorgd dat medewerkers het idee hebben dat als er iets fout gaat, zij hierop zullen worden afgerekend. Dit maakt de medewerkers onzekerder in hun werk en zorgt ervoor dat zij zichzelf gaan indekken door verantwoordelijkheden zo veel mogelijk naar hun superieuren af te schuiven en door het onder de pet houden van incidenten. Hierdoor

kunnen individuele medewerkers niet leren van fouten van hun collega's en belemmert het de organisatie als geheel inzicht te verkrijgen in de zwakke (en dus gevaarlijke) plekken in het werkproces.

Het benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid van werknemers heeft twee onbeoogde effecten tot gevolg gehad: *fatalisme* en de perceptie van een *afrekencultuur*. Dit leidt al met al tot de acceptatie van onveilig werk, indekgedrag en onderrapportage van incidenten en aldus tot averechtse effecten op de preventie van ongevallen.

3 ONTWIKKELINGEN IN WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

In deze paragraaf bespreken wij de derde gedragspresumptie. Deze heeft betrekking op de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht op het gebied van de preventie van arbeidsongevallen. We bezien of er sprake is van private handhaving en in hoeverre rechters daarbij in toenemende mate zijn overgegaan tot responsabilisering van individuele werknemers.

De ontwikkelingen met betrekking tot de civiele aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsgebonden schade van zijn werknemers moeten worden gezien tegen het licht van de historie van verantwoordelijkheid voor arbeidsgebonden gezondheidsschade.⁹ De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor gezondheidsschade van zijn werknemers is eigenlijk pas tamelijk recent tot wasdom gekomen. Weliswaar werd de werkgever reeds in 1907 op grond van artikel 1638x BW contractueel aansprakelijk voor schade van zijn werknemer, maar door de werking van de Ongevallenwet van 1901 had deze aansprakelijkheid een zeer beperkt karakter: de schade van de werknemer werd deels (kosten van geneeskundige behandeling en inkomen tot een bepaald niveau) vergoed uit een fonds dat werd gevuld door de werkgevers; de werkgever was in ruil daarvoor immuun voor aansprakelijkheid, tenzij er sprake was van grove schuld aan zijn zijde. Civiele aansprakelijkheid bood dus slechts een verhaalsmogelijkheid in uitzonderingsgevallen.

De Ongevallenwet werd in 1967 opgevolgd door de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), die dekking bood tegen inkomensverlies bij alle vormen van arbeidsongeschiktheid, ongeacht of zij hun oorzaak in het werk dan wel in de privésfeer hadden. Doordat met de invoering van de WAO de immuniteit van de werkgever voor civiele aansprakelijkheid kwam te vervallen, begon de betekenis van artikel 1638x BW als grond voor aansprakelijkheid van de werkgever op te leven, omdat deze een grondslag bood voor vergoeding van restschade die door de WAO niet werd gedekt. In 1997 werd artikel 1638x BW vervangen door artikel 7:658 BW, dat als belangrijkste noviteit de bewijslast ten aanzien van de nakoming van de zorgplicht op de werkgever legde. De

9 Zie voor deze ontwikkelingen Bier 1988 en Lindenberg 2009, en voor de historie van de Ongevallenwet Schwitters 1990.

rechtspraak was de werknemer op dit punt overigens al in belangrijke mate tegemoetgekomen, doordat de rechter hoge eisen stelde aan de stelplicht van de werkgever met betrekking tot de betwisting van zijn tekortkoming.¹⁰ Vanaf de jaren tachtig is de aandacht voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van zijn werknemers aanzienlijk gegroeid. Dat blijkt niet alleen uit literatuur,¹¹ maar ook uit het aantal zaken dat op dit gebied aan de rechter en meer in het bijzonder aan de Hoge Raad is voorgelegd. Uit de aldus gevormde rechtspraak komt het volgende beeld naar voren.

3.1 Kenmerken in de ontwikkeling van de rechtspraak

In de eerste plaats valt op dat, hoewel artikel 7:658 lid 1 BW de verplichting tot voorkoming van schade voorop plaatst, er eigenlijk alleen wordt geprocedeerd over gevallen waarin de schade reeds is geleden. Zaken waarin de rechter wordt aangezocht om een bepaalde gevaarlijke activiteit te verbieden teneinde schade te voorkomen zijn uiterst schaars.¹²

In de tweede plaats valt op dat de eisen die worden gesteld aan de zorg van de werkgever voor de veiligheid van zijn werknemers bepaald streng zijn. Weliswaar bepaalt artikel 7:658 BW dat de werkgever in het kader van zijn zorgplicht die maatregelen dient te treffen die *redelijkerwijs nodig* zijn met het oog op de veiligheid van zijn werknemers en blijft de Hoge Raad benadrukken dat de wet *geen absolute waarborg* biedt voor de veiligheid van de werknemer, maar in de uitwerking van de zorgplicht legt de Hoge Raad de lat voor de werkgever hoog.¹³ Zo is de werkgever niet alleen aansprakelijk voor de risico's die hij kende, maar ook voor risico's die hij behoorde te kennen,¹⁴ dient hij – vooral bij gebruik van machines¹⁵ maar ook bij andere risico's – onderzoek te doen naar mogelijke risico's, dient hij beschermingsmiddelen te verstrekken, zijn werknemers voor te lichten en veiligheidsvoorschriften uit te vaardigen, maar dient hij ook op de naleving daarvan toe te zien. Zo werd de PTT aansprakelijk geoordeeld voor de schade van een postbode die, in een poging een wegwaaiende brief te vangen, de weg op liep en werd aangereden. De PTT beriep zich

10 Zie bijv. HR 25 juni 1982, NJ 1983/151 m.nt. P.A. Stein (*Rijnberg/Speerstra*); HR 6 april 1990, NJ 1990/573 m.nt. P.A. Stein (*Janssen/Nefabas*); HR 1 juli 1993, NJ 1993/687 m.nt. P.A. Stein (*Power/Ardross*) en HR 24 april 1995, NJ 1996/271 (*Rust/BAM*).

11 Vgl. bijv. Bier 1988, Lindenberg 2009, Waterman 2009, maar ook de vele tijdschriftartikelen die op dit gebied verschenen.

12 Zie voor een sporadisch geval Pres. Rb. Breda 25 april 2000, KG 2000/119 (*Nooijen/PTT Post*), waarin een werknemer een rookverbod op het werk afdwong.

13 In 2003/2004 leek de Hoge Raad even pas op de plaats te maken met zijn werknemersvriendelijke rechtspraak (zie bijv. Hartlief 2003a, p. 933-934), maar uit latere rechtspraak lijkt te kunnen worden opgemaakt dat van een trendbreuk geen sprake was. Zie ook reeds in deze zin Kolder 2007, p. 171 e.v.

14 Aldus bijv. HR 6 april 1990, NJ 1990/573 m.nt. P.A. Stein (*Jansen/Nefabas*); HR 25 juni 1993, NJ 1993/686 m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*).

15 Aldus bijv. HR 29 april 1983, NJ 1984/19 m.nt. P.A. Stein (*De Vries/Kuijt*) en HR 11 november 2005, NJ 2008/460 (*Bayar/Wijnen*).

op instructies dat de post met elastieken gebundeld diende te zijn, maar kon onvoldoende aannemelijk maken dat op naleving van die instructies adequaat werd toegezien.¹⁶

Voor de invulling van de verantwoordelijkheid van de werkgever zoekt de rechter niet alleen steun in de regelgeving inzake arbeidsomstandigheden,¹⁷ die doorgaans wordt geacht in minimumeisen te voorzien, maar toetst hij vooral zelfstandig aan regels van ongeschreven recht. De vraag of de werkgever aansprakelijk is, wordt dan afhankelijk gesteld van de omstandigheden van het concrete geval, met het oog waarop de rechter een oordeel velt aan de hand van de kans op ongevallen, de ernst van de mogelijke gevolgen daarvan, de kans op onoplettendheid van de werknemer en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.¹⁸ Voor de invulling van de zorgplicht van de werkgever is tekenend dat de rechter in verband met de kans op onoplettendheid van de werknemer uitgaat van het ervaringsfeit dat het dagelijks verrichten van bepaalde werkzaamheden er licht toe leidt dat de werknemer niet de zorgvuldigheid in acht neemt die geraden is. Aldus wordt de werknemer door de rechter in bescherming genomen tegen zijn eigen onoplettendheid.¹⁹ Zo werd een werkgever aansprakelijk gehouden voor de schade die een stukadoor opliep doordat hij op een bouwplaats met een ton cement voor zich via de voordeur een in aanbouw zijnde woning verliet en ten val kwam doordat het terrein voor de voordeur 30 centimeter lager lag dan de drempel.²⁰

In de derde plaats wordt het bereik van de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werknemer ruim opgevat. Zo wordt het begrip werkplek, met een beroep op het feit dat de werkgever degene is die beslissende invloed heeft op de arbeidsomstandigheden, royaal opgevat.²¹ De zorgplicht wordt bovendien niet alleen aangelegd met betrekking tot klassieke arbeidsverhoudingen, maar ook ten aanzien van arbeid die verricht wordt krachtens een andere verhouding dan een arbeidsovereenkomst (uitzendwerk, stagiairs, vrijwilligers en zelfs zelfstandige opdrachtnemers, zoals zzp'ers²²). Voorts heeft de zorgplicht

16 Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2001/663 (*PTT/Baas*).

17 Vgl. bijv. HR 27 april 2007, NJ 2008/462 (*Kalai/Petit*) inzake het tillen van een zwaar voorwerp en HR 13 juli 2007, NJ 2008/464 (*werknemer/Hendriks Bouwbedrijf Oss b.v.*) inzake het voorkomen van oneffenheden op een bouwterrein.

18 Aldus expliciet HR 11 november 2005, NJ 2008/460 (*Bayar/Wijnen*). Het is overigens de vraag of de rechter zich daarbij steeds los kan maken van 'hindsight bias'. Zie daarover W.H. van Boom in zijn noot onder het arrest in JA 2006/11.

19 Zie uitdrukkelijk HR 19 oktober 2001, NJ 2001/663 (*PTT/Baas*) en, ook ten aanzien van ervaren werknemers, HR 13 juli 2007, NJ 2008/464 (*werknemer/Hendriks Bouwbedrijf Oss b.v.*), alsmede HR 7 december 2012, NJ 2013/11 (*Giraldo/Daltra Antilles*).

20 HR 13 juli 2007, NJ 2008/464 (*werknemer/Hendriks Bouwbedrijf Oss b.v.*).

21 Vgl. HR 15 december 2000, NJ 2001/198 (*Van Uitert/Jalas*); HR 22 januari 1999, NJ 1999/534 m.nt. P.A. Stein (*Reclasseringsambtenaar*) en HR 1 juli 1993, NJ 1993/687 (*Power/Ardross*), maar ook HR 12 december 2008, NJ 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*).

22 Aldus HR 23 maart 2012, JAR 2012/110 m.nt. W.A. Zondag (*Allspan*).

niet alleen betrekking op de fysieke veiligheid van de werknemer, maar ook op zijn psychische gezondheid.²³

In de vierde plaats is de mogelijkheid van verweer van de werkgever dat de werknemer de schade aan zijn eigen schuld heeft te wijten, door de rechter sterk beperkt. Artikel 7:658 BW kent als regel dat de werkgever aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In dat geval is de werkgever in het geheel niet aansprakelijk.²⁴ De rechter heeft zeer hoge eisen gesteld aan het bewijs van bewuste roekeloosheid. Daarvan is volgens vaste rechtspraak eerst plaats wanneer de werkgever aantoonde dat de werknemer zich tijdens zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn handeling. Zo oordeelde de Hoge Raad dat voor het aannemen van bewuste roekeloosheid van een dakdekker, die buiten de steigers over een dak was gaan lopen, door het dak was gezakt en van grote hoogte naar beneden was gevallen, onvoldoende redengevend was dat hij door zijn werkgever herhaaldelijk en in krachtige termen was gewaarschuwd om niet buiten de steigeronderdelen te lopen.²⁵

Daarmee is het verweer van de werkgever in de praktijk op dit punt veelal kansloos. Ook een – bijvoorbeeld in een arbeidsreglement opgenomen – verplichting om onveilig werk te weigeren, zal de werkgever in de praktijk zelden of nooit baten, omdat de werkgever primair de verantwoordelijke is voor het voorkomen van dergelijke situaties, maar ook omdat een dergelijke verplichting veelal als onvoldoende specifiek zal worden aangemerkt. Zo werd aan een werknemer die voor een presentatie posters moest ophangen en daarvoor een ter plaatse aanwezige (ongeschikte) ladder gebruikte tegengeworpen dat het arbeidsreglement de verplichting bevatte om onveilig werk te weigeren. Deze verplichting achtte het hof evenwel onvoldoende specifiek.²⁶

Bij de keuze voor het terugdringen van het belang van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor de aansprakelijkheidsvraag beroept de Hoge Raad zich ook in dit verband op het hiervoor genoemde ervaringsfeit dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie gemakkelijk leidt tot onvoorzichtigheid.²⁷ De gevolgen van die onvoorzichtigheid komen dus voor rekening van de werkgever. Het – voor de werkgever – strenge regiem inzake eigen schuld van de werknemer is door de rechter mede van toepassing verklaard

23 Aldus uitdrukkelijk HR 11 maart 2005, NJ 2010/309 m.nt. T. Hartlief (*ABN AMRO/Nieuwenhuijs*).

24 Dit in afwijking van de (hoofd)regel inzake eigen schuld (art. 6:101 BW) die in beginsel leidt tot verdeling van de schade over aansprakelijke en slachtoffer.

25 Aldus HR 20 september 1996, NJ 1997/198 m.nt. P.A. Stein (*Pollemans/Hoondert*) en HR 11 september 1998, NJ 1998/870 (*Van der Wiel/Philips*). Intussen lijkt de Hoge Raad in het kader van de verkeersaansprakelijkheid een iets soepeler criterium te hebben gekozen. Zie HR 30 maart 2007, NJ 2008/64 m.nt. T. Hartlief (overstekende asielzoeker).

26 Zie HR 16 maart 2007, RvdW 2007/317 (*Egemin/'t Mannetje*).

27 Aldus HR 20 september 1996, NJ 1997/198 m.nt. P.A. Stein (*Pollemans/Hoondert*).

op aansprakelijkheden van de werkgever op andere grond dan artikel 7:658 BW²⁸ en eveneens op de gevallen waarin de werkgever de werknemer aansprakelijk houdt voor door de werknemer toegebrachte schade.²⁹

In de vijfde plaats is de werknemer door de rechter (en door de wetgever) in belangrijke mate tegemoetgekomen aan zijn bewijspositie. Zo rust het bewijs ter zake van de nakoming van de zorgplicht sinds de invoering van artikel 7:658 BW in 1997 op de werkgever, is de werknemer tegemoetgekomen in het bewijs van causaal verband tussen het werk en de schade,³⁰ en wordt ook meer in het algemeen het slachtoffer met letsel in de rechtspraak tegemoetgekomen in zijn bewijspositie.³¹

In de zesde plaats is er, parallel aan de hiervoor geschetste ontwikkelingen, sprake geweest van een ontwikkeling met betrekking tot aan de arbeid verbonden risico's van deelname aan het wegverkeer. Het gaat hier om de tendens in de rechtspraak om de werkgever verantwoordelijk te houden voor de gevolgen van min of meer bijzondere risico's die met het werk verband houden, maar waarvan de verwezenlijking niet het gevolg is van enig tekortschieten van de werkgever. Voor zover het gaat om schade als gevolg van risico's van het wegverkeer heeft de Hoge Raad een verplichting aanvaard voor de werkgever om te voorzien in een behoorlijke verzekering van zijn werknemers.³² Deze verzekeringsplicht geldt niet voor risico's van een eenzijdig ongeval dat werknemers als voetganger kunnen oplopen (uitglijdende postbode³³) en evenmin voor andersoortige aan de arbeid verbonden bijzondere risico's (mishandeling van een therapeut door een cliënt³⁴).

In dergelijke gevallen wordt de werkgever door de rechter aansprakelijk geoordeeld op grond van 'goed werkgeverschap' en/of 'redelijkheid en billijkheid', zonder dat hem ten aanzien van het ontstaan van schade een concreet verwijt kan worden gemaakt. Deze ontwikkeling is met name bijzonder, omdat zij het stelsel van werkgeversaansprakelijkheid op basis van tekortschieten op losse schroeven heeft gezet.³⁵

Samengevat laat de analyse van de wetgeving en jurisprudentie zien dat er geen sprake is van *ex ante* private handhaving via de civiele rechter. De rechter buigt zich eigenlijk nooit over de kwestie van preventie, maar alleen over de vraag wie voor de schade opdraait. Daarnaast blijkt dat de rechter in zijn rechtspraak ten aanzien van arbeidsongevallen vrijwel onverminderd de werknemer tegemoetkomt. De zorgplicht van de werkgever wordt royaal en streng geïnterpreteerd en de betekenis van de eigen verantwoordelijkheid van de

28 HR 9 november 2001, NJ 2002/79 m.nt. P.A. Stein (*Van Doesburg/Tan*).

29 HR 2 december 2005, JAR 2006/15 (*Diabetische koerier*).

30 Zie HR 17 november 2000, NJ 2001/596 m.nt. W.H.D. Asser (*Unilever/Dikmans*) en HR 23 juni 2006, NJ 2006/354 (*Havermans/Luijckx*).

31 Vgl. HR 15 mei 1998, NJ 1998/624 (*Vehof/Helvetia*).

32 HR 1 februari 2008, NJ 2009/331 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*).

33 HR 11 november 2011, NJ 2011/597 m.nt. T. Hartlief (*TNT Post Productie B.V./Wijenberg*).

34 HR 11 november 2011, NJ 2011/598 (*De Rooyse Wissel/Hagens*).

35 Zie daarover Hartlief 2003b, p. 3 e.v. en Van Boom 2003, p. 33-40.

werknemer voor de aansprakelijkheid van de werkgever wordt naar de achtergrond gedrongen. Dit is niet in overeenstemming met de nadruk op eigen verantwoordelijkheid van werknemers, zoals die in de hervormingen van het publieke bestel naar voren is gekomen. Het lijkt er juist op dat de rechter een meer beschermende rol ten aanzien van de werknemer heeft ingenomen als gevolg van de ontwikkelingen in de afgelopen decennia. In de vakliteratuur wordt over het algemeen aangenomen dat de afkalving van het sociale zekerheidsstelsel meer druk legt op de rechter om werknemers te beschermen tegen de gevolgen van schade door arbeidsuitval.³⁶

4 DISCUSSIE EN VERDERE ONDERZOEKSVRAGEN

In deze paragraaf bespreken wij de resultaten van onze analyses. Waar mogelijk zullen wij onze bevindingen in een breder perspectief plaatsen door aansluiting te zoeken bij eerder onderzoek en de literatuur. Daarnaast staan wij stil bij mogelijke vragen voor toekomstig onderzoek die onze analyses opwerpen.

4.1 *Discussie*

Tijdens de jaren tachtig van de vorige eeuw werd er steeds vaker op gezinspeeld dat de Nederlandse verzorgingsstaat zich in een crisis zou bevinden. Sindsdien is het publieke bestel ingrijpend gewijzigd met de bedoeling om zowel werkgevers als werknemers meer eigen verantwoordelijkheid te geven bij de preventie van arbeidsongevallen. De geschetste casestudy heeft uitgewezen dat de bedoelingen van de stelselherziening gedeeltelijk zijn gerealiseerd op de werkplek. Het veiligheidsbeleid is geïntensiveerd en indachtig recente wijzigingen van onder andere de Arbeidsomstandighedenwet is de eigen verantwoordelijkheid van werknemers aangescherpt.

Onze bevindingen hebben echter niet alleen positieve ontwikkelingen blootgelegd. Allereerst hebben we gezien dat er volgens de werknemers geen maatwerk tot stand is gekomen. Bepaalde risico's, en dan vooral die welke meer in de invloedssfeer van de organisatie liggen, krijgen onvoldoende aandacht door het persoonsgebonden karakter van het veiligheidsbeleid.

36 Vgl. bijv. A-G Spier die in zijn conclusie bij HR 18 maart 2005, LJN: AR6669, NJ 2009/328 stelt dat het WAO-perspectief van een arbeidsongeschikte medewerker is verslechterd als gevolg van ingrepen in de WAO en dat de rechter hiermee rekening kan en mag houden bij de beslechting van zaken. Volgens Van Nieuwstadt (2005) is de achterliggende gedachte van Spiers opmerkingen 'naar alle waarschijnlijkheid mede het gegeven dat dergelijke schadegevallen als gevolg van de versobering van de WAO niet of nauwelijks meer gedekt worden door het sociale verzekeringsstelsel en het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (maatschappelijk) onaanvaardbaar wordt geacht deze schade (geheel) bij de werknemer te laten liggen'.

Daarnaast is gebleken dat in het onderzochte energiebedrijf de belangentegenstelling tussen de werkgever en de werknemer is toegenomen in verband met het veiligheidsbeleid. De responsabilisering van individuele medewerkers door de werkgever heeft bij de werknemers strategisch handelen uitgelokt. Medewerkers proberen hun verantwoordelijkheden te ontlopen en te verbergen wanneer er iets misloopt. Ook leggen zij zich neer bij risico's die de organisatie van het werk aangaan, omdat ze denken dat de bedrijfsleiding vooral aandacht heeft voor risico's waar individuele medewerkers op kunnen worden afgerekend. Deze pogingen van de werknemers om te voorkomen dat zij op hun handelen afgerekend kunnen worden, gaan uiteindelijk ten koste van hun eigen veiligheid.

Deze observatie vindt steun in ander onderzoek. Collinson beschrijft in zijn onderzoek naar een Engels offshorebedrijf dat bekend stond om zijn goede veiligheidsprestaties de gevolgen toen dit bedrijf in toenemende mate gebruik ging maken van prestatie-indicatoren.³⁷ Er ontstond hierdoor een *blame culture* waarbij leidinggevendenden de verantwoordelijkheid voor incidenten en ongelukken zo veel mogelijk op individuele werknemers probeerden af te schuiven. Dit zette vooral de tijdelijke krachten die het gevaarlijkste werk verrichtten ertoe aan om incidenten en overschrijdingen van arbeidstijdenreglementen verborgen te houden. Openlijk uitkomen voor incidenten of regelovertredingen vergrootte het risico op een negatieve functioneringsbeoordeling, het mislopen van een nieuwe opdracht of het weggestuurd worden van het olieplatform. Als er zich ongelukken voordeden die niet konden worden verborgen, dan probeerden werknemers de ernst daarvan te bagatelliseren. De bedrijfsleiding nam hier genoegen mee, omdat zij anders bonussen voor veiligheidsprestaties zou mislopen. Gray komt tot vergelijkbare conclusies. Volgens hem is door neoliberalisering steeds meer nadruk komen te liggen op de meting van veiligheidsprestaties. Dit zou allereerst hebben geleid tot *window dressing*, waarbij bedrijven hun formele veiligheidsbeleid intensiveren zonder hun feitelijke werkwijzen veiliger te maken zolang er geen sprake is van duidelijk aanwijsbare ongelukken. Bovendien zou het ook hebben geleid tot de responsabilisering van individuele medewerkers door de invoering van de verplichting om onveilige werkzaamheden te weigeren.³⁸

De dynamiek waarbij werkgevers en werknemers in toenemende mate tegenover elkaar komen te staan, lijkt dus in de hand te worden gewerkt door de decollectivering en privatisering van sociale zekerheidsarrangementen. Doordat beide partijen in afnemende mate in staat zijn om gezamenlijke kosten van arbeidsongevallen op de gemeenschap af te wentelen, neemt het belang van de schuldvraag toe. Hierdoor kan het zicht op het gezamenlijke belang van goede arbeidsomstandigheden naar de achtergrond verdwijnen.

Voorts laten onze bevindingen zien dat preventieve private handhaving via het aansprakelijkheidsrecht geen rol van betekenis speelt. Volgens Fischer zijn werknemers zelfs na

³⁷ Collinson 1999.

³⁸ Gray 2006.

een bedrijfsongeval erg terughoudend om een claim in te dienen, omdat ze weten dat dit de verhouding met de werkgever onmiddellijk op scherp zet.³⁹ Het is dus niet ondenkbaar dat de angst de verhouding met de werkgever te troebelen eveneens zorgt voor terughoudendheid met betrekking tot de gang naar de rechter zolang er nog geen schade is. Dit zou het geringe preventieve gebruik van het aansprakelijkheidsrecht kunnen verklaren. Ook kunnen we concluderen dat rechters niet zijn meegegaan met de responsabilisering van individuele werknemers in de Arbeidsomstandighedenwet. Sterker nog: de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht lijken veeleer een tegenwicht te vormen. De rechter heeft de zorgplicht opgerekt en de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer ingeperkt. Hierdoor is de kans groter geworden dat werknemers die een claim indienen tegen hun werkgever schadeloos worden gesteld.

Kortom: onze bevindingen suggereren dat de effecten van de herziening van het sociale zekerheidsstelsel op de voorkoming van arbeidsongevallen gemengd zijn. De intensivering van het veiligheidsbeleid en de uitbreiding van zorgverantwoordelijkheid van werkgevers naar werknemers lijkt gepaard te gaan met strategisch handelen van werknemers, dat ten koste gaat van hun eigen veiligheid. Verder hebben we gezien dat preventieve private handhaving via het aansprakelijkheidsrecht geen rol van betekenis speelt en dat het erop lijkt dat rechters de responsabilisering van werknemers compenseren door hen juist meer in bescherming te nemen.

4.2 *Toekomstige onderzoeksvragen*

Onze conclusies hebben echter een hoog tentatief gehalte door de beperkingen van ons onderzoek. We hebben de ontwikkelingen in het veiligheidsbeleid van het energiebedrijf geïnterpreteerd tegen de achtergrond van de herzieningen van het publieke bestel zonder dat we deze oorzaak expliciet hebben aangetoond. Hier liggen dan ook mogelijkheden voor toekomstig onderzoek. Welke motieven spelen een rol voor de werkgever bij de totstandkoming van zijn veiligheidsbeleid? Zijn het, zoals wij suggereren, de herzieningen van het publieke bestel of is het wellicht de angst voor aansprakelijkheid die aanzet tot aanpassing en intensivering van veiligheidsbeleid? En zelfs als onze interpretatie van de ontwikkeling van het veiligheidsbeleid in het energiebedrijf juist is geweest, dan blijft het uiteraard de vraag hoe zeer deze bevindingen kunnen worden gegeneraliseerd naar andere bedrijven. Wij hebben onderzoek genoemd waaruit vergelijkbare bevindingen naar voren kwamen, maar in hoeverre er bijvoorbeeld een onderscheid is te maken naar bedrijfssectoren is onzeker.

Ook de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht hebben wij tegen de achtergrond van de herzieningen van het publieke bestel geïnterpreteerd, zonder dat we deze oorzaak

39 Fischer 1993.

expliciet hebben aangetoond. Er kan weliswaar steun gevonden worden in de vakliteratuur voor onze bevinding dat rechters een meer beschermende houding zijn gaan innemen naar uitgevallen werknemers omdat zij zich bewust zijn van de versobering van het sociale zekerheidsstelsel, maar verder onderzoek naar de motivatie achter de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie op dit gebied is nodig. Tevens hebben wij gesteld dat er geen sprake is van private handhaving via de rechter. Daarmee gaan wij voorbij aan het feit dat private handhaving meer is dan naar de rechter stappen als partijen er niet uitkomen. De rechtsgang is het eindstation van een heel traject, waarbij zaken als de rol van de OR, overleg op sectoraal niveau, de invloed van de vakbonden en alternatieve vormen van geschilbeslechting eveneens van invloed kunnen zijn. Dit levert bijvoorbeeld de vraag op welke van deze vormen van zelfhandhaving het meest effectief is en hoe de Arbeidsinspectie omgaat met de grotere wettelijke verantwoordelijkheid die aan werknemers en werkgevers is toebedeeld.

Wij hopen met dit hoofdstuk een eerste aanzet te hebben gegeven tot onderzoek waarin ontwikkelingen in het veiligheidsbeleid van concrete bedrijven worden geanalyseerd tegen de achtergrond van ontwikkelingen in het privaats- en publiekrecht.

LITERATUUR

Barentsen 2003

B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Deventer 2003.

Bier 1988

L. Bier, *Aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer 1988.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, 'Waarheen leidt de weg ... van werknemersschade?' *AV&S* 2003, p. 33-40.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser', in: *Van draden en daden, Wansink-bundel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 61 e.v.

Collinson 1999

D.L. Collinson, '“Surviving the Rigs”, Safety and Surveillance on North Sea Oil Installations', *Organization Studies* 1999, 20(4), p. 579-600.

Fischer 1993

P. Fischer, 'Waarom verhalen werknemers na een bedrijfsongeval de geleden schade niet op hun werkgever?', *Recht der werkelijkheid* 1993, 14(1), p. 25-51.

Gray 2006

G.C. Gray, 'The regulation of corporate violations: punishment, compliance, and the blurring of responsibility', *British Journal of Criminology* 2006, 46, p. 875-892.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658. Een nieuwe wind in de Kazernestraat', *WPNR* 2003-6559, p. 933-934.

Hartlief 2003b

T. Hartlief, 'Vonk/Van der Hoeven, het einde van art. 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevallenwet', *AV&S* 2003, p. 3 e.v.

Kolder 2007

A. Kolder, 'Werkgeversaansprakelijkheid: de Hoge Raad weer op koers?', *AV & S* 2007, p. 171 e.v.

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer : Kluwer 2009.

Mascini 1999

P. Mascini, *Risico's in bedrijf, omgaan met gezondheidsrisico's op de werkvloer*, Rotterdam: Optima 1999.

Van Nieuwstadt 2005

T. van Nieuwstadt, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW én 7:611 BW: twee keer schieten altijd raak?', *AR* 2005/11, p. 3-8.

Schwitters 1990

R.J.S. Schwitters, *De risico's van arbeid* (diss. Utrecht), Groningen 1990.

Van der Veen 2005

R. van der Veen, 'De WAO. Nederlands chronische ziekte?', in: M. Arentsen & W. Trommel (red.), *Moderniteit en overheidsbeleid. Hardnekkige beleidsproblemen en hun oorzaken*, Bussum: Coutinho 2005.

Waterman 2009

Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten* (diss. Rotterdam), Den Haag: Bju 2009.

DEEL E
GOEDERENRECHT & FINANCIERING

22 **ZEKERHEDEN EN VERONDERSTELLINGEN: HET ZEKERE VOOR HET ONZEKERE**

J.B. Spath en S.E. Bartels

SAMENVATTING

Belangrijke delen van het zekerhedenrecht zijn gebaseerd op veronderstellingen. De parlementaire geschiedenis met betrekking tot het fiduciaverbod en het vuistloze pandrecht bevat talrijke voorbeelden. Ook de Mulder/CLBN-jurisprudentie is deels gegrond op verondersteld gedrag van zekerheidsgerechtigden. Dat is niet erg. In het zekerhedenrecht draait het eigenlijk volledig om het vermijden of beperken van risico's. Daarbij verandert automatisch het perspectief van de vraag of iets gaat gebeuren naar de vraag of iets kan gebeuren.

1 INLEIDING

Een jong stel meldt zich bij een bank voor een hypothecaire geldlening. Ze hebben net een woning hebben gekocht 'onder financieringsvoorbehoud'. De bank vraagt allerlei gegevens: hun beider inkomen, hun arbeidscontracten (vast/tijdelijk), eventueel aanwezig eigen vermogen (in casu verwaarloosbaar) en een taxatierapport van de gekochte woning. Daarna wordt bepaald of de lening wordt verstrekt en tegen welke condities. Bij dit laatste draait het vaak om de hoogte van de rente (in combinatie met de aflossingsvoorwaarden). Als de bank bereid is het jonge stel de gevraagde lening te verstrekken, zal zij een (eerste) recht van hypotheek op het te verwerven registergoed willen verkrijgen.

Bij de beslissing van de bank om de lening al dan niet te verstrekken, spelen dus vele omstandigheden een rol. Daarbij wordt enerzijds een inschatting gemaakt van de mogelijkheden van het stel om de maandelijkse lasten te dragen, waarbij een stabiel inkomen een rol lijkt te spelen, en wordt anderzijds de waarde van het onderpand, in het voorbeeld het gekochte huis, meegewogen. In het kader van de financieringsaanvraag wordt het registergoed getaxeerd, waarbij voor de financier met name de executiewaarde van belang zal zijn. De executiewaarde is de verwachte opbrengst van het registergoed bij een gedwongen verkoop door de hypotheekhouder. De getaxeerde executiewaarde is mede bepalend voor de hoogte van de geldlening. De verhouding tussen de executiewaarde en de geldlening bepaalt vervolgens mede de hoogte van het rentepercentage: hoe meer je leent – in verhouding tot de executiewaarde – hoe hoger het rentetarief. Ook de markt-

waarde van het aan te schaffen registergoed speelt een rol, in elk geval als sprake is van een situatie die valt onder de reikwijdte van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GFH).¹

De (executie)waarde van de woning ten tijde van de verwerving speelt een rol bij de beslissing van de kredietverstrekker, doch de waarde van het onderpand is geen vast gegeven.² Allerlei mogelijke ontwikkelingen maken dit een verraderlijke variabele. De risico's bevinden zich deels in de concrete situatie van het stel. Welke norm voor onderhoud hanteren zij, branden ze vaak een kaars in de buurt van de gordijnen, willen zij de woning verbouwen, gaan ze de woning verhuren als ze een periode naar het buitenland gaan? Voor een ander deel hangt de waardeontwikkeling af van externe omstandigheden, denk aan de algemene tendens van de woningmarkt en economische ontwikkelingen.

De genoemde omstandigheden kunnen ertoe leiden dat de executiewaarde van de woning stijgt of daalt. Ten aanzien van de individuele omstandigheden proberen wetgever en hypothecaire financiers het risico van waardedaling elk op hun eigen manier op te vangen. De wetgever heeft er bijvoorbeeld met de zaaksvervangingsregeling van artikel 3:229 BW voor gezorgd dat een hypotheekhouder in beginsel een aanvullend zekerheidsrecht krijgt op de (brand)verzekeringsuitkering als de woning beschadigd raakt. Hypothecaire financiers bedingen standaard dat de zekerheidsgevers het onderpand moeten verzekeren en verzekerd moeten houden.³ Ook op andere wijze zijn door de wetgever en partijen voorzieningen getroffen die zien op het afdekken van het risico van waardedaling van het onderpand. Voorbeelden zijn de 'gebruikelijke bedingen' van de artikelen 3:264 en 3:267 BW, respectievelijk het huurbeding en het beheersbeding. De wetgever heeft het mogelijk gemaakt deze bedingen deel te laten uitmaken van het goederenrechtelijke recht van hypotheek, van welke mogelijkheid de banken standaard gebruikmaken.⁴

Deze bedingen beïnvloeden uiteraard niet hoe de woningmarkt zich ontwikkelt gedurende de looptijd van de lening. Hierbij laten economische principes als vraag en aanbod en een meer algemene ontwikkeling van de lokale en globale economie zich gelden. Allerlei voorspellingen van economen en waarzeggers ten spijt, is er vermoedelijk met een privaatrechtelijk instrumentarium tegen dergelijke ontwikkelingen weinig te ondernemen.

-
- 1 De 'leencapaciteit' van de consument is op grond van deze gedragscode maximaal 104% van de marktwaarde van de woning (art. 6 lid 7 GHF). Dit maximum mag overigens – mits gemotiveerd – worden overschreden. Het spreekt voor zichzelf dat ook andere factoren – zoals het (te verwachten) inkomen van de kredietnemer – relevant zijn.
 - 2 Hetzelfde geldt voor inkomens en andere 'persoonlijke omstandigheden', maar die blijven in het navolgende buiten beschouwing.
 - 3 Zie onder par. 2.3 en bijlage I. Een causaal verband tussen beide feiten is voor zover wij weten niet aangetoond, maar lijkt ons aannemelijk.
 - 4 Zie hierna onder par. 2.3 en bijlage I.

De enige reactie die het recht hier lijkt te kunnen bieden, is het optimaliseren van de opbrengst van de woning als het tot een (meer of minder) gedwongen verkoop komt.

Aannemelijk is dat het jonge stel het geld niet kan lenen zonder aan de bank een hypotheekrecht te verlenen (voor persoonlijke leningen gelden heel andere voorwaarden, ten minste een ander maximum en een andere rente), maar het blijft de vraag welke invloed de bevoegdheden die daarbij door de bank kunnen worden bedongen/uitgeoefend precies hebben op diens gedrag. Wat is het in de juridische literatuur en rechtspraak vaak veronderstelde verband tussen de bevoegdheden van een kredietverlener/zekerheidsnemer en diens gedrag in de aanloop naar en tijdens de kredietverlening? Pas als die vraag is beantwoord, komen we toe aan de (meer) civilologische vraag of dit veronderstelde verband ook daadwerkelijk bestaat.

We schetsten hiervoor een eenvoudige casus waarin een particulier stel een hypothecaire geldlening nodig heeft. Wij gaan ervan uit dat vergelijkbare opmerkingen gemaakt kunnen worden over de zekerheidsrechten die een onderneming met een kredietbehoefte kan aanbieden. Deze onderneming zal pandrecht dienen te verlenen op haar (bestaande en toekomstige) vorderingen en voorraden. Deze vormen van zekerheid, en de veronderstellingen die bij de vormgeving van deze rechten een rol spelen, worden in het navolgende dan ook in het onderzoek betrokken.⁵

In dit opstel willen we inzichtelijk maken in hoeverre regelgeving en rechtspraak met betrekking tot goederenrechtelijke zekerheden zijn beïnvloed door *verondersteld* gedrag van actoren in de financieringspraktijk, veelal zonder dat onderzocht is of dat gedrag werkelijk speelt. Hiertoe worden achtereenvolgens een aantal stappen gezet, te beginnen met het identificeren van de veronderstellingen (par. 2). Vervolgens beogen we inzichtelijk te maken in hoeverre voor de aannames bewijzen zijn te vinden en wat de rol van veronderstellingen in het zekerhedenrecht in rechtspraak en wetgeving is (par. 3). Ten slotte willen wij in paragraaf 4 ons een oordeel vormen over de rol van veronderstellingen in het zekerhedenrecht en bezien bij welke veronderstellingen nader interdisciplinair onderzoek wenselijk is.

2 VERONDERSTELLINGEN IN PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS EN RECHTSPRAAK

Om te bezien welke veronderstellingen ten grondslag liggen aan de in het Burgerlijk Wetboek opgenomen zekerheidsrechten, hebben wij de parlementaire geschiedenis en

⁵ Hiermee is niet gezegd dat zakelijk krediet en particulier krediet op dezelfde manier worden benaderd door financiers. Opgemerkt zij bovendien dat de consumentenkredietovereenkomst (niet zijnde hypothecair krediet) een eigen regeling kent in art. 7:57 BW e.v. Onze aandacht gaat in deze bijdrage uit naar het goederenrechtelijke zekerheidsrecht.

rechtspraak van de Hoge Raad opnieuw bestudeerd, op zoek naar ‘aannames’. De opbrengst van deze studie staat in deze paragraaf, waarbij wij de kanttekening plaatsen dat volledigheid hier niet is nagestreefd. Het betreft hier een onzuivere steekproef. Ter verduidelijking merken we nog op dat de aannames best ‘waar’ kunnen zijn, maar dat het ons erom gaat dat niet is onderzocht of ze waar zijn.

2.1 *Invoering van een vuistloos pandrecht*

Van zekerheidsoverdracht naar stil pandrecht

Een van de meest in het oog springende veranderingen die het BW in 1992 bracht, was de afschaffing van de zekerheidsoverdracht (waartoe art. 3:84 lid 3 BW is opgenomen) en de introductie van stille pandrechten op roerende zaken, niet-registergoederen (art. 3:237 BW) en vorderingen op naam (art. 3:239 BW). De achtergrond van deze wijziging met betrekking tot stille zekerheidsrechten is door verscheidene auteurs uitvoerig beschreven,⁶ maar wij lazten niettemin nogmaals de parlementaire geschiedenis, nu speurend naar ‘onbewezen veronderstellingen’. De toelichting op de genoemde verandering in het zekerhedenrecht blijkt een kakofonie van veronderstelde gedragspatronen van betrokkenen bij het zekerhedenrecht.

Ter wille van de leesbaarheid hebben wij diverse terugkerende aannames gegroepeerd rond een drietal thema’s: de economische behoefte aan een pandrecht zonder machtsverschaffing, de vrees voor schijncontracten en de veronderstelde remmende werking en administratieve rompslomp van publieke registratie van pandrechten.

Behoeftte aan een stil pandrecht

Het waarschijnlijk belangrijkste argument voor de invoering van een stil pandrecht in 1992 was de veronderstelde behoefte aan een dergelijk recht.⁷ Daarbij was men zich terdege bewust van de in beginsel onbewezen aard van deze aanname, want Meijers vraagt zich letterlijk af: ‘Hoe staat het met een dergelijke volksbehoefte?’⁸

Het stellen van deze vraag is geen aanleiding geweest voor het (laten) uitvoeren van nader onderzoek. De gedachte dat een stil zekerheidsrecht gewenst is, werd breed gedeeld. De toelichting verwijst hierbij naar het Romeinse recht⁹ en naar de rechtspraak van de Hoge Raad:¹⁰

6 Zie onder meer Struycken 2007, p. 489 e.v.; Rongen 2012, p. 795 e.v.

7 Zie onder ander Parl. Gesch. Boek 3, p. 685 en 698.

8 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 704.

9 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 712.

10 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 715 resp. p. 700.

‘De Hoge Raad is in 1929 tot een constructie van eigendomsoverdracht tot zekerheid gekomen, omdat er behoefte was aan bezitloos pandrecht.’

En

‘De Hoge Raad gevoelde blijkbaar ook de noodzakelijkheid voor onze tijd van een zekerheid, waarbij de zaak kon blijven onder de kredietnemer.’

Om vervolgens te overwegen:

‘Vrij algemeen is men ervan overtuigd dat de maatschappij daaraan [vuistloos pandrecht, HS&SB] behoefte heeft, omdat het bedoelde zekerheidsrecht voor velen de enige mogelijkheid is om een aanvaardbaar onderpand te verschaffen voor de vervulling van hun – economische verantwoorde – kredietbehoeften.’¹¹

De discussie over het bestaan van een behoefte aan een stil pandrecht was daarmee afgesloten, op één punt na. Bestond de wens aan zekerheidverlening zonder machtsverlies alleen bij ondernemingen of ook bij particulieren? En, mocht dit laatste het geval zijn, moesten de privéschuldenaren deze mogelijkheid van stille zekerheidverlening dan ook krijgen? In de Toelichting Meijers worden beide vragen ontkennend beantwoord:

‘Naar mijn mening, en naar ik geloof ook volgens die der Regering, [is] de reële behoefte er alleen van handel en bedrijf.’¹²

En

‘Het [ontwerp, HS&SB] acht het een groot gevaar om ook buiten een onderneming een zodanig pandrecht toe te laten. (...) wanneer schuldeisers van particulieren zonder enige verplaatsing diens inboedel in pand konden krijgen, zou dit snel algemeen gebruikelijk worden, omdat schuldeisers altijd iedere zekerheid die zij kunnen krijgen, trachten te krijgen zonder zich af te vragen of hun handeling maatschappelijk te rechtvaardigen is.’¹³

11 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 722 (VVII). Zie verder p. 762 ten aanzien van de behoefte bij vordering aan verpanding zonder mededeling en p. 763 ten aanzien van de behoefte aan verpanding van toekomstige vorderingen.

12 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 717-718.

13 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 746.

Behalve dit enigszins paternalistische argument, wordt ook de praktijk van de kredietverlening aangehaald:

*‘Er bestaat een groot verschil tussen het onderzoek dat iemand, die crediet aan een ondernemer verstrekt, instelt en het onderzoek dat de gewone schuldeisers van iemand instellen.’*¹⁴

Alle vrees ten spijt wordt de beperking van de reikwijdte van het stille pandrecht uiteindelijk in het gewijzigde onderwerp geschrapt. Daarbij wordt meteen een verder ongefundeerde voorspelling gedaan:

*‘De praktijk zal er de wetgever dankbaar voor zijn en de hier geboden mogelijkheid veelvuldig gebruiken.’*¹⁵

Daarmee waren de kaders van de nieuwe regeling in algemene zin bepaald, maar over de vorm waarin dit nieuwe recht gegoten zou moeten worden viel nog veel te zeggen.¹⁶ Welke vorm moest het nieuwe zekerheidsrecht dan krijgen? *Leitmotiv* in dit debat lijkt angst te zijn geweest, de angst voor misbruik.

Vrees voor misbruik

De tot dan toe geldende praktijk, waarbij zekerheid werd gegeven door overdracht van zogenoemde zekerheidseigendom gecombineerd met een c.p.-levering, was volgens Meijers niet de juiste manier om de stille zekerheid vorm te geven. Het in de ban doen van de fiduciaire overdracht werd met name ingegeven door de vrees dat van deze rechtsfiguur misbruik werd gemaakt. Zo lezen wij al op de eerste pagina van de Parlementaire Geschiedenis met betrekking tot Titel 3.9 BW:

*‘Ook geeft de eigendomsoverdracht tot zekerheid licht aanleiding tot akten met geen ander doel dan goederen aan het faillissement te onttrekken, zonder dat deze bedoeling te bewijzen is.’*¹⁷

Meijers schetst het gevaar even later als volgt:

14 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 747.

15 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 751.

16 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 695: ‘Het gaat er in de eerste plaats om, of men een passende juridische vorm weet te vinden tot het vestigen van zekerheidsrechten, waaraan het economische verkeer behoefte heeft.’

17 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 685.

‘Als iemand zo ver komt, dat er gevaar dreigt, dat zijn boeltje verkocht wordt, en hij een akte opmaakt met een bloedverwant of vriend, dan is dit meestal een bloedverwant of vriend die hem vroeger geholpen heeft en die wel degelijk iets te vorderen heeft. Men weet van die persoon, ook al is de akte naar de vorm in orde, dat hij het recht nooit zal uitoefenen, omdat het een bloedverwant of vriend- is.’

18

Zoals steeds ontbreken harde bewijzen, althans hieraan wordt niet gerefereerd. Wanneer vragen worden gesteld over de omvang van dit misbruik, is de reactie dat de stand van zaken in de jaren vijftig is dat kinderziektes met eigendomsoverdracht tot zekerheid voorbij zijn. Dit wordt door Meijers echter niet gezien als een reden om opgelucht adem te halen:

*‘Wat is er veranderd, mijnheer de Voorzitter? De economische stand van het land. (...) Maar het gevaar is niet overwonnen, al is het dan door de economische toestand, door de voorspoedige tijd, die wij nu doormaken, verminderd.’*¹⁹

En

*‘Het aantal misbruiken is zeer groot. Dat is iets, dat een ervaringsfeit is, dat niet met een enkele opmerking is weg te cijferen.’*²⁰

Overigens wordt van een vuistloos pandrecht niet veel beters verwacht:

*‘Erkenning van een bezitloos zekerheidsrecht bevordert ook het begaan van misdrijven: de verleiding is groot een zaak tweemaal te verpanden.’*²¹

De oplossing voor de gesignaleerde gevaren werd door Meijers gezocht in publiciteit van het pandrecht.²² De kern van de parlementaire discussie betrof uiteindelijk de vraag of het pandrecht zonder machtsverschaffing al dan niet in een openbaar register moest worden geadministreerd. Daarmee belanden we geruisloos bij het onderwerp waarbij misschien wel de meeste (ongefundeerde) aannames in de parlementaire behandeling van het nieuwe

18 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 717 (TM).

19 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 702.

20 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 703.

21 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 688.

22 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 719: ‘Het [zekerheidseigendom HS&JBS] is een constructie, die men tijdelijk heeft gekozen om uit de nood te komen; zodra men de zaak wettelijk gaat regelen, is het een pandrecht en daarbij moet men voor publiciteit zorgen.’

zekerheidsrecht de revue passeren: wat is de invloed van een verplichte openbare registratie op de financieringspraktijk?

Openbare [publieke] registratie

Nu niet de onmiddellijke feitelijke macht over de zaak aan de pandhouder (of een derde) behoefde te worden verschaft, moest zijn recht kenbaar worden gemaakt door een inschrijving hiervan in een openbaar register, zo was aanvankelijk de gedachte. Zowel de voor- als de tegenstanders baseren zich veelvuldig op aannames. Om het 'tellen' makkelijker te maken, zijn ze in het hiernavolgende door ons onderstreept.

Een zekere mate van publiciteit was volgens de voorstanders van publieke registratie nodig, want *'anders is het hek van de dam'*.²³

Meijers was ervan overtuigd dat de openbaarheid snel zou wennen. Met een verwijzing naar Amerika, waar men niet op zou zien tegen publiciteit, wordt uit zijn mond opgetekend:

*'Ik geloof, dat die publiciteit ook in ons land spoedig ingeburgerd zal zijn [...]. Er bestaat op het ogenblik behoefte aan en waar publiciteit wordt voorgeschreven, zal men niet langer bezwaar maken om haar te aanvaarden.'*²⁴

Overigens nam Meijers wel aan dat een registerpandrecht alleen voor ondernemingen zou werken:

*'Wie zijn verder de andere schuldeisers, die zich interesseren voor de vraag: aan wie komt het inboedelje van mijn schuldenaar toe? Het zijn de gewone dagelijkse leveranciers, de melkboer, de bakker enz. zij misschien gaan er op af of hun schuldenaar mooie of minder mooie meubeltjes heeft om diens kredietwaardigheid te beoordelen. Dit zijn geen mensen, die naar een register toegaan. Daarom is voor dergelijke zaken een register niet gewenst, maar wel kan men het stelsel toepassen op een bedrijf dat reeds door een Handelsregister aan publicatie gewend is. Ik geloof beslist niet, dat bij bedrijfsgoederen al die nadelen, die men heeft geschetst, zullen optreden.'*²⁵

De vraag die dit voorstel natuurlijk opriep, was of een inschrijvingsverplichting effectief zou zijn tegen misbruik.

²³ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 719.

²⁴ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 715.

²⁵ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 717.

‘Ten slotte kan men zich afvragen of de registratie het maken van schijnakten zal tegengaan. Misschien is het iets “griezeliger”, een akte met gefingeerde inhoud ter inschrijving in het register te laten aanbieden dan om haar slechts in de bureaulade te bergen, doch gevreesd moet worden, dat de boosdoeners daar snel aan zullen wennen.’²⁶

De tegenstanders van openbare registratie voorspelden een heel andere gang van zaken. Zij vragen zich af of zij

‘moeten bevorderen dat in het nieuwe Burgerlijk Wetboek een instituut zijn intrede doet, waaraan het maatschappelijke leven in Nederland geen merkbare behoefte heeft.’²⁷

De oorspronkelijke behoefte aan een vuistloos pandrecht zou door een registerpandrecht naar hun mening niet kunnen worden vervuld, omdat zij bang waren dat publieke registers remmend zouden werken op het gebruik dat van het registerpandrecht wordt gemaakt, want

‘de praktijk leert nu eenmaal dat men voor publiciteit bij kredietverlening op roerend goed huiverig is’²⁸

‘In de overwegingen moet worden betrokken de omstandigheid, dat betekening of kennisgeving van de verpanding aan de debiteur meestal ongunstige gevolgen zal hebben voor de pandgever. Door in het algemeen de eis van betekening en kennisgeving te stellen doet men tekort aan dit commerciële gezichtspunt, dat in de praktijk veelal zwaar weegt. (...) in de regel wenst de pandgever immers bekendheid van zijn debiteur met de verpanding van de vordering niet te voorkomen, ten einde de buitenwereld een rad voor de ogen te draaien; zijn motief zal doorgaans zijn om te vermijden, dat derden een ver gaande en onjuiste conclusie zouden trekken uit het feit, dat hij krediet of onderpand van vorderingen nodig blijkt te hebben. Dwingt men nu de bekendheid van zulk een feit in het algemeen af, dan remt men een vlot functioneren van het kredietverkeer.’²⁹

²⁶ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 722.

²⁷ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 696.

²⁸ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 686.

²⁹ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 761-762 (VVII).

'(...) dat het registerpand niet kan dienen om in de behoefte aan een bezitloos pandrecht te voorzien vanwege zijn administratieve omslachtigheid³⁰ en omdat de publiciteit de kredietbehoevende zal weerhouden, (...) omdat hij er met het oog op zijn omgeving zakelijk of privé niet voor uit zal willen komen.'³¹

De gegrondheid van deze vrees is volgens de voorstanders van het registerpandrecht natuurlijk geen vaststaand feit: *'In hoeverre dit het geval zal zijn, is moeilijk te overzien.'*³²

De verwachte negatieve ontvangst van een registerpand zou daarbij volgens de tegenstanders uiteindelijk tot wetsontduiking leiden:

*'De praktijk zal middelen en wegen zoeken om de consequenties van het systeem van het ontwerp [registerpandrecht op bedrijfsmiddelen, HS&SB], indien ingevoerd, te ontgaan; men zal dan grijpen naar huurkoopconstructies en het is moeilijk in te zien hoe dit met succes zou kunnen worden verhinderd.'*³³

*'(...) dit rechtsbewustzijn heeft zich ten aanzien van het onderhavige onderwerp zo duidelijk geuit dat, dat een wetgeving die daartegenin zou gaan, met grote waarschijnlijkheid bedreigd zou worden door een wijd verspreid en krachtig streven naar ontduiking waartegen de wetgever dan geen dammen van voldoende sterkte zou vermogen op te werpen.'*³⁴

Ook een beetje civilologie

Deze aannames lezen wij met enig ongemak. Is werkelijk vanuit de studeerkamer en in de Tweede Kamer bedacht hoe het waarschijnlijk zal zijn 'buiten in de echte wereld', zonder dit nader te onderzoeken? Gelukkig biedt de parlementaire geschiedenis ook hoop. Zo wordt verwezen naar verricht onderzoek, zoals naar een enquête onder deurwaarders³⁵ en wat wordt genoemd een ruime kring van belanghebbenden, waaronder Kamer van Koophandel, verenigingen van groothandel, vakgroepen.³⁶ Meijers zegt zelfs letterlijk:

*'(...) had ik geen zin het alleen maar tot kamerstudie-object te maken. Reeds vóór de oorlog heb ik een uitgebreide enquête gehouden, hoe die eigendomsoverdracht tot zekerheid werkt.'*³⁷

30 Zie hierover ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 691, 696, 705, 710, 711, 714 en 729.

31 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 723 (VVII).

32 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 723 (VVII).

33 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 729.

34 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 731 (MvA II). Zie ook p. 692 en 748.

35 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 687.

36 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 701-702.

37 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 702.

Zie over het doen van onderzoek verder de volgende passage:

‘Ten einde na te gaan in welke richting de oplossing zal moeten worden gezocht, kan men het beste uitgaan van de vraag: welke zijn de maatschappelijke behoeften en hoe kan daarin worden voorzien. (...) Bij het nagaan van de maatschappelijke behoeften, aldus de hier bedoelde leden, kan men niet stellen, dat de eigendomsoverdracht tot zekerheid spontaan in de maatschappij is ontstaan en dus het beste aan deze behoefte voldoet, aangezien ons BW nu eenmaal in art. 1198 bezitloos pand verbood en de praktijk derhalve deze wellicht zeer bruikbare weg zag afgesneden. Daarbij komt dat de huidige praktijk is gevormd door de grote geldschieters, die allicht minder oog voor de belangen van de overige schuldeisers van hun debiteuren hebben gehad dan de wetgever. (...) Een onderzoek naar de behoeften van de maatschappij dient vier groepen te omvatten: de kredietbehoevende, de kredietgever, die zekerheid wenst, de overige niet door zekerheid beschermde schuldeisers en de derde-verkrijger van tot zekerheid verbonden goederen.’³⁸

Het hart van de ware civiloloog gaat vermoedelijk echter pas sneller kloppen als hij de interventies van mevrouw Zeelenberg leest. Zij toont zich een civilologe *avant la lettre* en wij zouden haar tekort doen door hier geen uitgebreid citaat op te nemen, te beginnen met haar reactie op de stelling van Meijers dat het afnemende misbruik van zekerheidseigendom is toe te schrijven aan de gunstige economische omstandigheden:

‘Ik meen dat wij dit eigenlijk niet zo mogen stellen. Het is ook mogelijk, dat men geleerd heeft met deze rechtsfiguur om te gaan, dat men geleerd heeft hem niet meer te gebruiken voor constructies waarvoor hij eigenlijk niet bedoeld was. (...) Ik meen, dat wij er bij kwesties als deze niet met een intellectueel oordeel kunnen komen. Wanneer wij pogen te zien, hoe in de toekomst een registerpandrecht het zal doen, moeten wij in onze beschouwingen opnemen, dat wij hier te maken hebben met allerlei psychologische achtergronden, niet alleen van de grote handelaren, maar ook en vooral van de boeren en middenstanders. Wij kunnen dit dan zeker niet peilen vanuit onze intellectuele gevoelens alleen, omdat wij dit slechts kunnen benaderen vanuit hun gedachtensfeer. (...) Als ik ga denken over de wijze waarop ik vermoed dat dit instituut in ons land zal gaan werken, en dan moet oordelen, dan moet ik zeggen, dat ik nog steeds huiverig ben voor dat systeem van het registerpandrecht. Als ik hoor zeggen: “als er niet veel gebruik van zal worden gemaakt, dan blijkt dat de reële behoefte

³⁸ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 723 (VVII).

hieraan niet groot is geweest”, dan antwoord ik, dat de praktijk in Nederland reeds heeft laten zien dat er aan een dergelijk soort recht, bezitloos pandrecht, een grote reële behoefte is. Wij mogen mijns inziens geen figuur gaan construeren, ten aanzien waarvan wij moeten vrezen, dat men er om psychologische redenen weinig gebruik van zal gaan maken. (...) Ik zou graag willen, dat er een wet werd gemaakt, die niet uitnodigde tot de mogelijkheid er door het bewandelen van sluip- en uitwegen weer onderuit te komen.’³⁹

Moderne varianten

Nu denkt de optimistische lezer misschien, dat een dergelijke vrije benadering van het omgaan met feiten en bewijzen iets is van de (eerste helft van de) twintigste eeuw. In moderne discussies lijken de meeste sprekers zich echter net zo min of zelfs nog minder bewust van de staaftaardheid van hun argumenten.

Na de invoering van artikel 3:84 lid 3 BW, dat de overdracht tot zekerheid verbiedt, heeft de Hoge Raad zich in het Sogelease-arrest over deze materie uitgelaten. In deze uitspraak en veel van hetgeen in verband hiermee is gepubliceerd, komen wederom verwijzingen voor naar het voorkomen van ontduiking, misbruik en andere snode plannen door betrokken partijen. Naar de inschattingen van de Hoge Raad kunnen wij slechts gissen, maar de advocaat-generaal en de annotator zijn hier open over. Zo onderbouwt A-G Hartkamp in zijn conclusie de door hem verdedigde beperktere mogelijkheid om sale-and-leaseback toe te laten en niet als een nietige zekerheidsoverdracht te bestempelen, met het volgende argument:

‘Een andere opvatting, waarbij men zaken tot zekerheid zou kunnen overdragen aan een zich lessor noemende kredietverstrekker, zou tot volledige uitholling van het stille pandrecht leiden, waarbij overigens als willekeurig verschil zou gelden dat die uitholling alleen bij (rechten op) zaken, niet bij vorderingsrechten mogelijk zou zijn.’⁴⁰

Kleijn legt in zijn noot een verband tussen artikel 3:83 lid 3 BW en het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW. Hij refereert daarbij aan de ontduikingsgevallen die volgens de uitspraak van de Hoge Raad ook na dit arrest door het fiducia-verbod worden geraakt en merkt op:

³⁹ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 707-708.

⁴⁰ Conclusie onder 8.

‘Bezien vanuit dit perspectief is de causa koop voldoende en speelt het motief zekerheid alleen een rol als geen werkelijke eigendomsoverdracht is beoogd en de koop alleen maar een dekmantel is. Dit zal zich zelden voordoen [onze onderstreping; HS&SB], omdat een crediteur die wel kán verkopen, maar dat niet hóéft, altijd beter af is dan de crediteur die executoriaal móét verkopen. En sinds mensenheugenis is de geldverschaffer in een sterkere positie geweest dan de geldvrager; het toeëigeningsverbod is toch immers niet voor niets reeds lang geleden in de wet opgenomen!’⁴¹

2.2 Rechtspraak (stil) pandrecht op vorderingen

Behalve roerende zaken zijn ook vorderingen een veelgebruikt zekerheidsobject. Daarbij is het sinds de invoering van het nieuwe BW mogelijk om vorderingen op schuldenaren van de kredietnemer te verpanden zonder dat de eerste hiervan op de hoogte hoeven te worden gesteld. Artikel 3:246 BW verbindt hieraan het gevolg dat zolang van de verpanding geen mededeling is gedaan, de kredietgever inningsbevoegd blijft. Daarnaast beperkt artikel 3:239 lid 1 BW de mogelijkheid van verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen tot die vorderingen die voortvloeien uit een op het moment van de verpanding reeds bestaande verhouding met de pandgever. Beide artikelen zijn na invoering aanleiding geweest voor een stroom aan jurisprudentie, waarin op diverse wijzen de vraag centraal stond welke gevolgen wijzigingen in de debiteurenportefeuille van de kredietgever hebben voor de positie van de zekerheidsnemer. Ook in deze jurisprudentie blijken voldoende aannames en veronderstellingen te vinden.

Inning van stil verpande vorderingen

Doordat vorderingen kunnen worden verpand zonder dat hiervan mededeling wordt gedaan aan de schuldenaar van de verpande vordering, is de kans groot dat deze schuldenaar betaalt aan de pandgever. Bij een niet medegedeeld pandrecht op een vordering is de pandgever inningsbevoegd (art. 3:246 lid 1 BW). Betaling aan de pandgever leidt tot een bevrijdende betaling en daarmee tot het tenietgaan van de verpande vordering. Door het tenietgaan van het zekerheidsobject komt ook het zekerheidsrecht tot een einde. In een normale bedrijfseconomische situatie wordt aangenomen dat dit door de pandhouder niet als problematisch wordt gezien. In de eerste plaats kunnen de aldus door de pandgever ontvangen middelen worden gebruikt om de vordering van de pandhouder te voldoen (dit gaat overigens bij een negatief saldo op de bankrekening van de pandgever bij de pandhouder automatisch) en ten tweede heeft de pandhouder veelal ook een pandrecht

⁴¹ HR 19 mei 1995, NJ 1996/119, onder 4 van de noot.

bedongen op nieuwe vorderingen die de pandgever zal verkrijgen. Zo blijft er altijd wel een aantal vorderingen op debiteuren van de schuldenaar beschikbaar voor verhaal.

De situatie wijzigt op het moment dat het economisch minder voorspoedig gaat met de pandgever. De pandhouder loopt dan het risico dat het ontvangen geld op een andere wijze wordt gebruikt (en op een bankrekening bij een andere bank wordt ontvangen) en er minder nieuwe vorderingen ontstaan om het gat te vullen. Dit kan voor de pandhouder reden zijn om de inningsbevoegdheid naar zich toe te trekken en hiertoe mededeling te doen van zijn pandrecht. Na de mededeling moeten de debiteuren van de pandgever voortaan rechtstreeks aan de pandhouder betalen. Deze mogelijke reactie blijkt een bron van speculatie en een reden om de zekerheidsnemer onder omstandigheden, ondanks het tenietgaan van zijn zekerheidsrecht, voorrang bij verhaal te gunnen.

Duidelijke tekenen hiervan zijn zichtbaar in het arrest Mulder q.q./CLBN.⁴² De Hoge Raad overweegt:

‘3.4.3 (...)

Daarentegen wordt aan voormelde uitlatingen van de regering recht gedaan en bovendien voorkomen dat stil pandhouders – teneinde hun positie met het oog op een mogelijk faillissement van hun pandgevers veilig te stellen – voortijdig mededeling gaan doen, indien wordt aangenomen dat wanneer de Curator een stil verpande vordering heeft geïnd, waardoor de verpande vordering en daarmee het pandrecht is tenietgegaan, de pandhouder zijn voorrang op het geïnde behoudt.’

Vriesendorp vat de redenering in zijn noot kort samen:

*‘Vanuit het bankwezen wordt wel gesteld dat een dergelijke mededeling ongewenst is; zij zou desastreuze gevolgen kunnen hebben: een te vroege mededeling zou leiden tot een wellicht onnodige deconfiture met mogelijke schadeclaims. (...) Een ander bezwaar is dat debiteuren na de mededeling een slecht betalingsgedrag zouden vertonen.’*⁴³

Een vergelijkbare gedachtegang treft men aan in de conclusie van A-G Wuisman bij het arrest ING/Verdonk q.q.:⁴⁴

42 HR 17 februari 1995, NJ 1996/471.

43 HR 17 februari 1995, AA 1995, 604, onder conclusie.

44 HR 22 juni 2007, NJ 2007/520.

‘2.3.6. (...) Indien een houder van een stil pandrecht – in de praktijk zal dat niet zelden een bank zijn – niet erop kan rekenen dat de curator zich enige tijd na het uitspreken van het faillissement zal onthouden van incassomaatregelen, zal hij eerder besluiten om tot mededeling van zijn pandrecht over te gaan. Dat verhoogt het risico van voortijdige, ongewenste onrust over de mogelijkheden van het voortbestaan van de pandgever. (...) Een risico van een wedloop tegen de tijd blijft bestaan.

2.4 (...) Vanwege het belang dat houders van een stil pandrecht niet onnodig vroeg mededeling van het bestaan van het pandrecht doen en dat er ruimte is voor overleg met de curator over de inning van de vorderingen, zal de curator, behoudens klemmende redenen voor direct optreden, zich bovendien er van dienen te onthouden om meteen na het uitspreken van het faillissement zelf actief tot incassomaatregelen over te gaan.’

Nieuw is deze redenering zeker niet, zie wederom de parlementaire geschiedenis:

‘Zou men een pandhouder die zijn recht (nog) niet heeft medegedeeld een zwakkere positie geven dan degene die het wel (reeds) heeft gedaan, dan zou dit licht tot ongerechtvaardigde rangwisselingen kunnen leiden en bij het ontstaan van twijfel aan de soliditeit van de pandgever zouden pandhouders zich haasten tot mededeling over te gaan, daardoor wellicht een onnodige deconfiture uitlokken-de.’⁴⁵

Verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen

Een ander probleem waarmee pandhouders zich geconfronteerd zagen, was de beperking van verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen. Alleen die vorderingen die voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding met de pandgever op het moment van het verrichten van de vestigingshandeling, veelal registratie van de onderhandse akte, gelden als verpand op het moment dat zij ontstaan voor faillissement van de pandgever. Vorderingen die voortvloeien uit nieuwe rechtsverhoudingen, die dus zijn aangegaan na het registreren van de pandakte, worden niet automatische verpand op het moment dat zij ontstaan. Om dit lek te dichten is een gewoonte ontstaan waarbij zekerheidsnemers regelmatig nieuwe pandakte registreren. Daarbij kan worden gesteld dat de Hoge Raad in ruime mate tegemoet is gekomen aan de noden van de praktijk, door steeds minder inhoudelijke eisen te stellen aan de aldus te registreren vervolgakte. De apotheose van deze ontwikkeling is het arrest Dix q.q./ING, waarin de beperking van artikel 3:239 lid 1 BW

⁴⁵ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 764.

feitelijk wordt gemarginaliseerd.⁴⁶ De leidende gedachte lijkt de veronderstelde reactie van de zekerheidsnemer te zijn.

Hammerstein gaf in zijn conclusie al een voorzet (met twee fraaie, door ons onderstreepte aannames):

2.21 Dat de verzamelpandakte-constructie in de financieringspraktijk een nuttig instrument is, staat buiten kijf. Met deze constructie wordt alle rompslomp van het periodiek registreren van pandlijsten tot het absolute minimum teruggebracht. (...)

2.22 (...) Uit het voorgaande volgt dat ik geen wezenlijke bezwaren zie ten aanzien van de verzamelpandakte-constructie wanneer deze wordt toegepast als vervolg op een geregistreerde overeenkomst van verpanding (stampandakte) waaruit de naam van de pandgever en (indirect in samenhang met de toepasselijke algemene voorwaarden) de volmacht kunnen worden opgemaakt. Wanneer er voor ondernemingen te weinig mogelijkheden zijn om vreemd vermogen aan te trekken, dan is dat schadelijk voor de economie. De meeste ondernemingen zijn voor hun bedrijfsuitoefening immers afhankelijk van het kunnen verkrijgen van een krediet bij de bank. Voor ondernemingen is het van belang om op eenvoudige wijze en tegen zo laag mogelijke kosten krediet te kunnen verkrijgen. Wanneer financiers minder risico lopen zullen zij allicht eerder bereid zijn om krediet te verstrekken. Wanneer het risico kleiner is, zal vermoedelijk ook de prijs voor krediet lager worden. Het is dan ook van belang dat kredietgevers op zo veel mogelijk activa van hun kredietnemers op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten zekerheidsrechten kunnen vestigen. De verzamelpandakte-constructie draagt daaraan bij.’ (onderstreping HS&SB)

Wij citeren andermaal de Hoge Raad:

‘4.9.3 Ten tweede zijn ook concurrente schuldeisers, zij het indirect, in die zin gebaat bij aanvaarding van de voormelde constructie, dat de financiering van bedrijven door banken daardoor wordt bevorderd, zodat kredieten ruimer kunnen worden verleend en in kritieke situaties minder snel aanleiding is de verdere financiering te staken dan anders het geval zou zijn. Bovendien worden ook de belangen van anderen die bij het bedrijf zijn betrokken, zoals met name van de werknemers van dat bedrijf, daardoor gediend.

⁴⁶ HR 3 februari 2011 NJ 2012/261 (*Dix q.q./ING*), nog gevolgd door HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (*Van Leuven q.q./ING*).

4.9.4 Ten derde moet ervan worden uitgegaan dat schuldeisers bij het aangaan van een contractuele relatie met een bedrijf, zich voor zover mogelijk zullen gaan instellen op hetgeen hiervoor in 4.8.2 is opgemerkt.’ [onderstreping HS&SB]

2.3 Hypotheekbedingen en andere aanvullende regelingen bij hypotheekrechten

Na deze tamelijk uitvoerige uiteenzetting over pandrechten, keren wij nu terug naar de casus uit de inleiding. Welke mogelijkheden heeft de bank om het risico te beperken dat als zij een lening verstrekt aan het jonge stel, zij de hieruit ontstane vorderingen niet geheel voldaan krijgt? Deze zekerheid moet worden geboden door het bij de geldlenig bedongen hypotheekrecht en zoals uit het vorenstaande blijkt, bepalen zowel de wet als de partijafspraken de veerkracht van dit zekerheidsrecht.

Bij het bestuderen van de literatuur hebben wij ons wederom gericht op het traceren van al dan niet verborgen aannames. Bij de bestudering van de praktijk was dit lastiger, nu bij de meeste bancaire documenten geen toelichting wordt gegeven. Daarom is het onderzoek op dat punt beperkt tot een inventarisatie van de meest gebruikte bedingen in algemene voorwaarden betreffende hypothecaire geldleningen.

Parlementaire geschiedenis en literatuur

Niet alleen bij pandrechten zijn de aannames over het te verwachte gedrag van betrokkenen schering en inslag. Met de casus van het jonge stel met een aanvraag voor een hypothecaire lening in gedachte, herlazen wij de parlementaire geschiedenis over het huurbeding (art. 3:264 BW), het beding van niet veranderen (art. 3:265 BW), het bedongen *ius tollendi* (art. 3:266 BW) en het beheers- en ontruimingsbeding (art. 3:267 BW). De oogst is, met uitzondering van de toelichting bij het laatste beding, ook hier zeker niet mager te noemen.⁴⁷

Met betrekking tot het huurbeding is in de parlementaire geschiedenis een uitgebreid debat te vinden, waarbij de belangen van de huurder op huurbescherming bij executie en de belangen van de hypotheekgever en hypotheekhouder om beurten om voorrang lijken te strijden. Wij beginnen met de zorgen geuit door mevrouw Salomons over de potentieel benarde positie van de huurder:

‘In dit artikel krijgen wij (...) te maken met de situatie, dat een huurder alvorens een huurovereenkomst aan te gaan, in het algemeen niet direct naar de openbare registers loopt om te kijken of er een aantekening is gemaakt van enige beperking van de bevoegdheid van de eigenaar. Wij aarzelen bij de uitwerking van dit

⁴⁷ Tenzij anders is aangegeven, zijn de onderstrepingen in onderstaande citaten door ons aangebracht.

*artikel, ondanks het feit, dat wij vinden, dat de hypotheekhouder natuurlijk een aantal rechten moet hebben. Wij beseffen ook wel, dat de executiewaarde van het te executeren object door het bestendigen van een huurrecht vermindert. Toch aarzelen wij, omdat de hypotheekhouder bij verhuur van een van zijn panden – die verhuur is meestal voorzienbaar en vloeit vaak uit de aard van het pand voort – bij de bepaling van de hoogte van het bedrag, tot hetwelk hij hypotheek wenst te geven, rekening moet houden met de mogelijkheid van uitwinning in verhuurde staat.*⁴⁸

En de reactie van regeringscommissaris Snijders:

*‘Het gaat hierbij niet zozeer om de belangen van de huurders tegenover die van de hypotheekbanken, maar vooral om woningzoekende in de huursfeer tegenover woningzoekende in de koopsfeer. Wanneer er minder krediet wordt gegeven vanwege de mogelijke verhuring door hypotheekhouders, dan zal men minder gemakkelijk een tophypotheek voor een koophuis krijgen.*⁴⁹

Mevrouw Salomons is hierdoor echter allerm minst gerustgesteld:

*‘In de laatste maanden werd ik geconfronteerd met een aanzienlijk aantal ont-ruimingen op deze grond. Natuurlijk is er een aantal woningen, dat zowel geschikt is voor eigen bewoning als verhuur. Doordat er een hoge hypotheek is te krijgen gaat er een steeds groter aantal huurders via een omweg uit hun huis gezet wor-den. Ik heb er geen enkele behoefte aan in het totale kader van de wetgeving op dit terrein om daar waar woningen duurzaam zijn verhuurd het aantrekkelijk of mogelijk te maken via ruimere hypotheekverschaffing en uitwinning deze woningen door derden te laten kopen, waardoor het huurrecht wordt aangetast.*⁵⁰

In een later stadium is uit monde van de Minister opgetekend:

‘Als de positie van de huurder te veel beschermd wordt, worden huizen die niet voor eigen bewoning bestemd zijn onfinancierbaar of zeer bezwaarlijk financier-

48 Parl. Gesch. boek 3, p. 817. Ook deze aanname is niet slechts een historisch verschijnsel. Struycken (2009, p. 184) stelt het volgende met betrekking tot de kenbaarheid huurbeding door inschrijving in de openbare registers: ‘Dit is in het maatschappelijk verkeer echter een fictie wanneer het gaat om huurders en pachters. Het is niet realistisch om te veronderstellen dat huurders en pachters kennis nemen van de openbare registers en eigenlijk zelfs niet om te veronderstellen dat zij in staat zijn om kennis te nemen van een hypotheekakte.’

49 Parl. Gesch. boek 3, p. 818. Zie met vergelijkbare verwoording van betrokken belangen Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1355 en wederom op p. 1365.

50 Parl. Gesch. Boek 3, p. 818.

*baar. Dat heeft grote bezwaren op het terrein van het bouwen van huurwoningen met behulp van door hypotheek verstrekte leningen.*⁵¹

Na deze eerste rondes volgde aanpassingen van het ontwerp, waarbij door de regering aan het belang van behoud van hypothecaire financieringsmogelijkheden het meeste gewicht werd toegekend. Dit was niet naar de wens van een deel van de Kamer en daarom werd het amendement Van der Burg/Salomons ingediend, waarin de huurder weer enige bescherming krijgt. Bij de onderbouwing hiervan vinden wij de volgende aannames:

*‘Waar nu de hypotheekhouder, bij voldoende opbrengst in verhuurde staat, kan worden voldaan, dan wel, zo die niet het geval lijkt (...) met succes een beroep kan doen en hij het pand uiteindelijk in onbewoonde staat kan verkopen, waarbij geen waardedaling plaatsvindt, is het nog maar zeer de vraag of de financieringsbereidheid van de hypotheekhouders om de praktijk inderdaad zal afnemen. Vooralsnog acht mijn fractie het niet aannemelijk, zeker niet waar het risico voor de hypotheekhouder niet groot hoeft te zijn nu het, zoals ook de minister stelt, om een betrekkelijk gering aantal huurders gaat.*⁵²

De Minister is niet overtuigd, misschien mede door geschrokken reacties van de Nederlandse vereniging van hypotheekbanken en de Raad voor onroerende zaken,⁵³ en reageert als volgt:

‘De wettelijke bescherming van de huurder gaat ten koste van andere belangen – in hun geheel genomen – op het terrein van de volkshuisvesting. Waarschijnlijk moeten die wat zwaarder worden gewogen dan vanochtend is gebeurd. De hoogte van het ter zake van bestaande hypotheekleningen aan de schuldenaar ter beschikking gestelde bedrag zal zijn afgestemd op de mate van bescherming die het huurbeding aan de hypotheekhouder als verschaffer van een financiering biedt. Als de voorgestelde regeling wordt aanvaard, zullen kredietverstrekkers waarschijnlijk minder bereid zijn – tot lagere bedragen – om kredieten te verstrekken. Zij moeten namelijk rekening houden met de mogelijkheid dat een deel van het onroerend goed wordt verhuurd. Bij executie stuit men dan op het probleem van de bescherming van de huurder. Als een jong gezin een wat groot huis wil kopen, met de gedachte dat ze er door het verhuren van een verdieping financieel wel in zullen groeien, zal ermee worden geconfronteerd dat de kredietverstrekker niet

51 Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1358.

52 Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1364.

53 Zie verwijzingen hiernaar op Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1365 en p. 1369.

*bereid zal zijn om net zo hoog te financieren als het geval zou zijn geweest wanneer er geen huurbescherming was geweest. Dat zal een belemmering zijn bij het verwerven van een eigen woning.*⁵⁴

De effecten zijn volgens de Minister echter nog groter:

*‘Als minder krediet op onderpand van hypotheek wordt verschaft, dalen de inkomsten van de kredietgevers. Tegenover de uitstaande vorderingen staan namelijk rente-inkomsten. Er moet daarom worden tegengegaan dat de financieringsmogelijkheden voor toekomstige gegadigden voor koopwoningen worden beperkt. Een dergelijke effect zou bepaald gevolgen kunnen hebben voor de omvang van de koopsector en dus voor al degenen die bij die sector betrokken zijn.*⁵⁵

*‘(...) Mijn bezwaar is dat in alle gevallen waarin er geld gegeven moet worden, dus in zeer veel gevallen, met deze risicofactor rekening zal worden gehouden. Als het amendement wordt aangenomen, wordt de positie van degenen die een eigen huis met geleend geld wensen te kopen, wel degelijk een heel grote groep, verzwakt omdat zij minder geld kunnen lenen wegens het genoemde risico, dat in elk afzonderlijk geval bestaat. Ik heb gezegd dat dit risico in slechts een gering aantal gevallen wordt verwezenlijkt, maar dit neemt niet weg dat de geldgever elke keer rekening ermee houdt dat de mate waarin hij kan financieren beperkter is dan zonder het aangenomen amendement.*⁵⁶

Mevrouw Swildens-Rozendaal stelt tegenover het vermoeden van de Minister een ander vermoeden:

*‘Als het in de praktijk om slechts een gering aantal gevallen gaat, terwijl je van te voren nooit weet of het zich in een concreet geval zal voordoen, vraag ik mij af of grote hypotheekbanken het risico niet zullen nemen op het totale bedrag dat uit staat. Zij zullen soms achter het net vissen, omdat de financiering verkeerd is, maar kunnen dit risico spreiden in de totale omvang van de hypotheekleningen die verstrekt worden. Ik zet dus grote vraagtekens bij de opmerking dat het risico in het algemeen wordt vergroot en de bereidheid van de financiers zal afnemen.*⁵⁷

54 Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1366.

55 Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1366.

56 Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1372.

57 Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1373.

Daarop volgt de stemming, waarbij het amendement ondanks de door de minister geuite vrees werd aangenomen. De betwiste tekst is inmiddels te vinden in lid 6 van artikel 3:264 BW.

Voor de achtergronden over het beding van niet veranderen moeten wij terug naar 1969-1970. In de memorie van antwoord leest men het volgende:

‘Wanneer de rechter toestemming verleent, geschiedt dat op grond van de overweging dat de verandering noodzakelijk is voor een doelmatige uitoefening van het bedrijf van de huurder. Het is daarom niet aannemelijk dat de verandering die noodzakelijk is voor een doelmatige uitoefening van het bedrijf van de huurder en die niet afstuit op bezwaren van de verhuurder, zou leiden tot een waardevermindering. Er zijn derhalve voldoende waarborgen dat de zekerheid voor de hypotheekhouder niet wordt verminderd.’⁵⁸

Met betrekking tot het wegneemrecht is tijdens de parlementaire behandeling een tamelijk algemene discussie gevoerd over de verhouding tussen de positie van de leverancier onder eigendomsvoorbehoud en de positie van de kredietverstrekker met een hypotheekrecht, indien de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak wordt nagetrokken door de verhypothekerde zaak. De vraag werd opgeworpen of een natrekking niet leidt tot een ongerechtvaardigde bevoordeling van de hypotheekhouder.⁵⁹ In het antwoord herkennen we de eerder genoemde aannames:

‘Doorbreking van het natrekkingsbeginsel door een eigendomsvoorbehoud, zou immers meebrengen dat gedurende de looptijd van een hypotheek bestanddelen van het onderpand zouden kunnen worden vervangen door andere en die als gevolg van een eigendomsvoorbehoud aan de hypotheek zouden kunnen worden onttrokken. Dit zou wel eens kunnen betekenen dat hypothecaire kredietverschaffers voortaan weigeren met vervangbare bestanddelen van het onderpand rekening te houden waardoor het hypothecaire krediet aanzienlijk lager zou komen te liggen en de hypotheekgever ernstig in zijn belangen zou worden getroffen. Juist de kleine man, die zonder tophypotheek geen woning kan kopen, zou hiervan het slachtoffer kunnen zijn.’⁶⁰

Het vervolg van de overwegingen is civilologisch te interessant om weg te laten:

⁵⁸ Kamerstukken II 1969/70, 8875, nr. 6, p. 11 (bij art. 1633).

⁵⁹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 79.

⁶⁰ Parl. Gesch. Boek 3, p. 80.

‘Vanuit de commissie wordt opgemerkt dat deze laatste zienswijze overtrokken lijkt. Voor de hoogte van hypothecaire kredieten spelen wel meer factoren een rol. Zo moet bij voorbeeld de inkomenspositie van de kredietnemer als vrij belangrijke factor worden aangemerkt en mag men verder niet vergeten dat, in verband met de inflatie, het hypothecaire onderpand een hogere waarde pleegt te krijgen, waardoor dus dit onderpand als het ware naar de hypotheek toegroeit. (...)

De regeringscommissaris geeft toe dat bij het verschaffen van hypothecaire kredieten ook andere factoren een rol spelen. Deze andere factoren kunnen echter niet afdoen aan de hierboven vermelde zienswijze volgens welke een inperking van het natrekkingsbeginsel niet de geldschieter maar de geldnemer in zijn belangen zal kunnen treffen. Het gaat hier dus eerder om de belangen van de hypotheekgever dan om de belangen van de hypotheekhouder. Wel zou men kunnen zeggen dat deze laatste door een natrekking niet rijker behoort te worden en hiervan derhalve geen profijt behoort te trekken. Daarom verdient het wellicht aanbeveling om bij de hypotheek een ius tollendi in te voeren.’⁶¹

En zo geschiedde.

Praktijk: algemene voorwaarden hypotheek

De wet biedt dus een aantal bepalingen ter bescherming van de positie van de hypotheekhouder, maar hypotheekhouders zorgen ook voor zichzelf. De algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de overeenkomst tot hypotheekverstrekking bevatten allerlei bedingen om de waarde van het onderpand te behouden, dan wel om de kredietverstrekker direct te kunnen laten reageren als de waarde daalt. Tot de eerste categorie horen het verzekerings- en het huurbeding, tot de tweede categorie bijvoorbeeld allerlei bepalingen die leiden tot opeisbaarheid van de gezeekerde vordering.

Wij hebben van een aantal grote ‘hypotheekverschaffers’ de algemene voorwaarden bekeken en geïnventariseerd welke mogelijkheden om te reageren op fluctuaties in de waarde van het zekerheidsobject door hypotheeknemers zijn gebruikt. Tevens hebben wij gekeken in hoeverre de eventuele omstandigheid dat de zekerheidsnemer failliet gaat of in de schuldsanering belandt, wordt meegenomen. Dit is uiteraard geen voorbeeld van een waardedaling van het onderpand, maar ziet wel op de persoonlijke omstandigheden van de hypotheekgever, die bij de aanvraag ook een rol lijkt te spelen.

De resultaten van onze rondgang vindt u in bijlage 1. Wat blijkt: alle grote hypotheekverstrekkers hebben in hun algemene voorwaarden een huurbeding, verzekeringsplicht,

⁶¹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 80-81.

onderhoudsverplichting en regelingen over directe opeisbaarheid van de gezekerde vordering bij waardevermindering van het onderpand. Daaraan worden veelal nog expliciete bepalingen toegevoegd om bij waardeverminderingen van het met hypotheek bezwaarde registergoed direct te kunnen handelen en eventueel extra zekerheid te kunnen eisen. Hierna volgt een aantal van dergelijke bedingen ter illustratie.

Artikel 11 sub g t/m i ABN-AMRO:

‘De Schuld is in de volgende gevallen – zonder dat een nadere ingebrekestelling vereist is – onmiddellijk volledig opeisbaar: (...)

i. Bij iedere wijziging in de rechtstoestand van het Onderpand die een negatieve invloed kan hebben op de waarde van het Onderpand als zekerheid voor de Bank;’

Artikel 12 lid 7 ING:

‘(...) Voorts heeft de bank te allen tijde de bevoegdheid het onderpand op haar kosten te laten hertaxeren door een of meer door haar aan te wijzen deskundigen. Mocht blijken, dat de hertaxatie een lager bedrag aangeeft dan de voorgaande taxatie, dan is de schuldenaar verplicht op eerste verzoek van de bank aanvullende of vervangende zekerheid te stellen. (...)’

Artikel 2 lid 9 Obvion en artikel 3 sub h Rabobank:

‘Hypotheekgever is verplicht geldgever terstond in kennis te stellen van iedere andere omstandigheid van feitelijke of juridische aard die tot uitwinning van het onderpand kan leiden, waardoor de zekerheidswaarde van het onderpand kan verminderen, of die voor geldgever in verband met haar hypotheekrecht van belang kan zijn.’

Artikel 26 Reaal:

‘De schuldenaar is verplicht desgevraagd voldoende zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn bestaande verplichtingen jegens de geldgever. Is een gestelde zekerheid onvoldoende geworden, dan is de klant verplicht desgevraagd die zekerheid aan te vullen of te vervangen. (...)’

2.4 Tussenconclusie

Het vorenstaande overzicht toont wat ons betreft twee dingen aan. In de eerste plaats dat aannames in het zekerhedenrecht een breed verspreid fenomeen zijn. In de tweede plaats lijkt sprake te zijn van een stevige traditie bij de betrokkenen op dit punt om niet te zwaar te tillen aan het feit dat veel van de genoemde veronderstellingen en aannames niet nader worden onderbouwd.

Ons is daarnaast opgevallen dat een aantal aannames steeds lijkt terug te keren. Op basis van de weliswaar enigszins willekeurige inventarisatie, achten we het toch aanvaardbaar de volgende samenvattende veronderstellingen te formuleren die aan het zekerhedenrecht ten grondslag lijken te liggen:

1. De mate van bereidheid tot kredietverstrekking beïnvloedt de economie en het handelsverkeer, want het kredietverkeer is belangrijk voor het handelsverkeer en daarmee voor het soepel draaien van de economie.
2. Bij de kredietverstrekking speelt de mogelijkheid om juridische zekerheden te bedingen een belangrijke rol. Zekerheidsrechten moeten ervoor zorgen dat de kans dat een vordering wordt voldaan zo groot mogelijk is. Daartoe moeten zij vooral in staat zijn om waardeschommelingen in het onderpand die gedurende de looptijd op kunnen treden op te vangen of te voorkomen. Daarnaast moet er echter oog zijn voor de belangen van de schuldenaar. Het zekerhedenrecht dient een goede balans te bevatten tussen de belangen van alle betrokkenen: zekerheidsgerechtigde, schuldenaar/zekerheidsgever en andere schuldeisers. Dit is niet alleen in het belang van de genoemde betrokkenen, maar ook in het belang van het kredietverkeer.
3. Als de kans groter is dat een vordering niet verhaalbaar blijkt op (het vermogen van) de schuldenaar, leidt dit tot minder kredietverlening vooraf en/of tot een hogere prijs van krediet in de vorm van hogere renten en tot meer schadebeperkend gedrag tijdens looptijd van een desondanks verleend krediet.

Deze algemene gedachten vertalen zich in een concrete basisveronderstelling die in zowel wetgeving als rechtspraak wordt gebruikt ter onderbouwing van gemaakte keuzes bij de invoering en invulling van specifieke zekerheidsrechten:

Het gedrag voor een kredietverstrekker wordt beïnvloed door de waarde van het zekerheidsrecht dat hierbij kan worden bedongen, waarbij de waarde van het zekerheidsrecht enerzijds wordt bepaald door de (executie)waarde van het onderpand en anderzijds door de rechten en bevoegdheden die aan het zekerheidsrecht zijn verbonden en de mate waarin het zekerheidsrecht in staat is om te gaan met veranderende omstandigheden tijdens de looptijd van het krediet.

Een zekerheidsrecht dat de fluctuatie in de waarde van het onderpand zo veel mogelijk beperkt of compenseert, leidt daarbij tot een grotere bereidwilligheid van de kredietverlener tot het aangaan van een kredietovereenkomst dan wel het aanbieden van krediet onder gunstiger voorwaarden voor de kredietnemer en tot minder behoefte bij de kredietgever om in te grijpen bij wijzigende omstandigheden.

Deze enigszins omvangrijke/gelaagde aanname laat zich ontleden in een paar delen. In de eerste plaats dat het gedrag voor een kredietverstrekker wordt beïnvloed door de waarde van het zekerheidsrecht dat hierbij kan worden bedongen. De mate van vertrouwen bij de zekerheidsnemer in de stabiliteit van zijn zekerheidsrecht wordt geacht bepalend te zijn voor de mate waarin hij bereid is krediet te verlenen, de voorwaarden die aan de kredietverlening worden verbonden en hoe hij zich tijdens de looptijd van het krediet gedraagt.

In de tweede plaats dat de waarde van het zekerheidsrecht enerzijds wordt bepaald door de (economische/executie)waarde van het onderpand en anderzijds door de mate waarin het zekerheidsrecht in staat is om te gaan met veranderende omstandigheden tijdens de looptijd van het krediet. Het verloop van de economische waarde en de daarvan afgeleide executiewaarde tijdens de looptijd van een lening is daarbij moeilijk door juridische maatregelen te beperken. De stabiliteit en de waarde van het zekerheidsrecht wordt echter ook door factoren bepaald die zich wel op het terrein van de jurist bevinden. Deze waarde wordt mede bepaald door de bevoegdheden die de zekerheidsgerechtigde heeft gedurende de tijd dat het zekerheidsrecht bestaat.

Ten slotte volgt het causale verband tussen de eerste twee deelstappen. Een robuust zekerheidsrecht, dat wil zeggen een zekerheidsrecht dat de fluctuatie in de waarde van het onderpand zo veel mogelijk beperkt (denk aan het huurbeding) of compenseert (zoals een verzekeringsbeding en zaaksvervanging of de ruime mogelijkheid tot verpanding bij voorbaat), leidt tot een grotere bereidwilligheid van de kredietverlener tot het aangaan van een kredietovereenkomst en minder behoefte in te grijpen bij wijzigende omstandigheden (teruglopende kredietwaardigheid van de kredietnemer).

Wanneer wij deze aannames toepassen op de hypotheekaanvraag van het jonge stel, zou dit betekenen dat de kans dat de bank de lening verstrekt groter wordt naarmate de kans groter is dat de hieruit ontstane vordering tot terugbetaling van de hoofdsom met rente wordt voldaan. De inschatting van de kans op nakoming van de verplichtingen uit geldlening wordt daarbij beïnvloed door de mate van vertrouwen dat bij de bank bestaat

in de mogelijkheden die het hypotheekrecht biedt om in te spelen op veranderingen in het registergoed dat tot zekerheid kan worden bezwaard. De veronderstelling is daarbij concreet dat hoe meer bevoegdheden de bank als hypotheekhouder heeft, des te eerder zij bereid zal zijn het geld te lenen en des te gunstiger de bijbehorende voorwaarden voor het jonge stel zullen zijn.

3 ROL EN ONDERBOUWING VAN VERONDERSTELLINGEN

Nu we enig zicht hebben op de veronderstellingen die in zekerhedenland op regelmatige basis de kop op steken, dienen de ware civilologische vragen zich aan: in hoeverre zijn de gedane aannames waar, dan wel worden zij gestaafd door wetenschappelijk bewijs uit andere disciplines en valt er iets te zeggen over de wijze waarop het bestaan van bepaalde regels het gedrag van betrokkenen beïnvloedt (par. 3.1)? Bij de beantwoording van deze vragen gaan wij hierna uit van de door ons in paragraaf 2.4 geformuleerde samengevatte aannames en niet op de individuele aannames die in de diverse citaten worden gedaan. Vervolgens bekijken wij in paragraaf 3.2 de rol die de gevonden aannames spelen in de juridische debatten en afwegingen betreffende zekerheidsrechten.

3.1 *Onderbouwingen (en het ontbreken daarvan)*

In het navolgende wordt gekeken in hoeverre de in de vorige paragraaf geïdentificeerde grondgedachten en basisveronderstellingen door onderzoek of feiten worden ondersteund en welke rol deze veronderstellingen spelen in de discussie. Voordat we hiertoe overgaan dient echter een kanttekening te worden geplaatst, namelijk over onze capaciteiten tot het uitvoeren van civilologisch onderzoek. Als beginners op het gebied van de civilologie liepen wij onmiddellijk tegen onze beperkingen aan: wij beheersen de zoeksystemen van andere wetenschappen niet voldoende om met enige zekerheid te kunnen zeggen dat wij in ieder geval het bestaande onderzoek op een bepaald punt hebben weten te traceren. Waar wij in paragraaf 2 nog een tamelijk bewuste selectie hebben gemaakt, is in het hiernavolgende de invloed van het toeval vermoedelijk te groot geweest om hier harde conclusies aan te mogen verbinden.

Uiteraard ligt ook de vervolgstap, beoordeling van de wel gevonden resultaten, eigenlijk buiten onze competentie. Wij onthouden ons dan ook van elk waardeoordeel over de gevonden resultaten en de betrouwbaarheid van de daaraan verbonden conclusies. Toch hebben wij gemeend te kunnen presenteren wat we wel gevonden hebben, om ten minste enig zicht te krijgen op de mogelijke waarschijnlijkheid van de juistheid van de hierover geïdentificeerde veronderstellingen in het zekerheidsrecht.

Grondgedachte 1

De mate van bereidheid tot kredietverstrekking beïnvloedt het handelsverkeer en de economie, want het kredietverkeer is belangrijk voor het handelsverkeer en daarmee voor het soepel draaien van de economie.

Onderzoek van Buch en Neugebauer wijst op een verband tussen de leningsbereidheid van banken en de groei van het bruto nationaal product (BNP of GDP, *Gross domestic product*):

*'We find evidence that changes in lending by large banks have a significant short-run impact on GDP growth. Episodes of negative loan growth rates and the Eastern European countries in our sample drive these results.'*⁶²

Ook onderzoeken van Bergel en Udell verdienen hier vermelding. Deze auteurs hebben diverse onderzoeken gedaan naar de factoren die de financiering van het midden- en kleinbedrijf (MKB) beïnvloeden. Dit type schuldenaren is, anders dan grote bedrijven die hun financiering op de kapitaalmarkt kunnen regelen, veelal aangewezen op financiering door banken.⁶³ In 2006 hebben zij betoogd dat causaal verband bestaat tussen overheidsbeleid en juridische mogelijkheden om rechten te gelde te maken, de financiële structuren in een land en de mogelijkheid om krediet te verkrijgen voor het MKB.⁶⁴ Zij verwijzen naar empirische onderzoeken waaruit blijkt dat:

'firms in countries with greater financial development and stronger property rights have increased levels of investment funded by external finance. Firms in countries with weaker financial development and property rights, in contrast, are more likely to rely on potentially less efficient financing from development banks, the government, or informal sources. (...) The commercial law on security interests (collateral liens) in a nation, for example, is important in determining the efficacy of collateral in a loan contract, the essential component of the asset-based lending and fixed-asset lending technologies. [waaronder pandrechten op voorraden en inventaris en hypotheeken vallen, HS&SB]. Key issues include whether a country's commercial law clearly defines how a collateral lien can be perfected, how collateral priority is determined, and how notification of a lien is made. (...) Empirical evidence suggests that the legal efficacy of collateral – in

⁶² Zie Buch, Neugebauer 2011, p. 2179-2187.

⁶³ Zie Berger & Udell 1995, p. 351-381.

⁶⁴ Zie Berger & Udell 2006, p. 2945-2966.

particular, the ability of lenders to seize collateral in the event of default – is associated with increased use of collateral.’⁶⁵

Daarbij wijzen zij er met klem op dat de neiging bestaat om het onderzoeksveld te ver te simplificeren, essentiële elementen in de keten van kredietverlening buiten beschouwing te laten en misleidende conclusies te trekken, onder andere over de wijze waarop de financiering wordt beperkt door een gebrek aan informatie:

‘We argue that the framework in the extant research literature is oversimplified and often neglects key elements of this causal chain. In some cases, the literature on SME [Small and Medium Enterprises, HSB] credit availability has not accounted for or controlled for the presence of alternative lending technologies. A common oversimplification is to treat all transactions lending Technologies as a homogeneous group that is not suitable for lending to informationally opaque SMEs. In contrast, we argue that most of the transactions technologies are designed to use hard information other than financial statements to underwrite loans to opaque SMEs. These oversimplifications have often led to misleading conclusions regarding how policies may affect SME credit availability through their impacts on financial institution structure and lending infrastructure.’⁶⁶

Grondgedachte 2

Bij de beslissing om al dan niet krediet te verstrekken speelt de mogelijkheid om juridische zekerheden te bedingen een belangrijke rol, waarbij de zekerheidsrechten ervoor moeten zorgen dat de kans dat een vordering wordt voldaan zo groot mogelijk is.

Dat financiers dol zijn op zekerheidsrechten lijkt een evident juiste stelling. Niet alleen tonen banken zich regelmatig bereid om over onopgeloste vragen met betrekking tot zekerheidsrechten tot in hoogste instantie door te procederen (en hier zelfs proefprocedures voor te starten/uit te lokken), zij lijken daarnaast geen kans te laten lopen om zekerheid te bedingen. Dit wordt niet alleen geïllustreerd door de onder het kopje ‘Praktijk: algemene voorwaarden hypotheek’ aangehaalde inventarisatie van het gebruik van hypotheekbedingen, maar ook door het aanvankelijk onderschatte gebruik van de overdracht tot zekerheid onder het oude BW. In de parlementaire geschiedenis over de invoering van het stille pandrecht en de bijbehorende afschaffing van de eigendomsoverdracht tot zekerheid wordt verwezen naar een uitspraak van Van Nierop bij de Nederlandse Juristen Vereniging in 1928. Zijn inschatting destijds was dat de zekerheidsoverdracht niet van

⁶⁵ Zie Berger & Udell 2006, p. 2958, met verwijzing naar verder onderzoek.

⁶⁶ Zie Berger & Udell 2006, p. 2961-2962.

veel belang voor de praktijk is.⁶⁷ Gezien de grote vlucht die het gebruik van deze rechtsfiguur daarna heeft genomen, kan deze aanname inmiddels als onjuist worden bestempeld en lijkt de praktijk betreffende de zekerheidseigendom eerder het tegendeel te bewijzen.

Hoewel op basis hiervan onzes inziens de grote voorliefde bij de kredietverstrekker voor verkrijging van (sterke) zekerheidsrechten in beginsel als gegeven kan worden beschouwd, is daarmee nog niet gezegd dat ook het verband bestaat dat in de grondgedachte wordt verwoord. Hoewel het aannemelijk lijkt dat het bestaan van een mogelijkheid tot verkrijging van zekerheid of versterking van zekerheidsrechten het gedrag van de kredietverstrekker in zoverre beïnvloedt dat hij van bestaande mogelijkheden steeds gebruikmaakt, is daarmee nog niet gezegd dat de betreffende financier geen geld had verstrekt indien geen of minder sterke zekerheid zou worden geboden of dat hij in een dergelijk geval aan de lening andere voorwaarden zou hebben verbonden. Voor dit laatste verband, dat de kern van de stelling inhoudt, hebben wij tot op heden geen bewijzen gevonden. Gezien de frequentie waarmee deze aanname wordt gebruikt, lijkt een nader onderzoek naar de vraag in welke mate een uitbreiding of beperking van de bevoegdheden van een zekerheidsnemer zijn bereidwilligheid om krediet te verschaffen beïnvloedt, zeker wenselijk.

Er is echter wel internationaal onderzoek beschikbaar dat in ieder geval grofweg de aanname ondersteunt. Zo vonden wij een onderzoek van Krasniqi uit 2010. Wij citeren wederom de samenvatting van de auteur:

'Econometric evidence indicates that commercial banks base their decision to loan firms primarily on the basis of collateral. Well performing firms are more likely to ask for credit because of better business prospects in the future, but profitability as a measure of firm performance does not seem to be sufficient signaling for banks in order to allocate credits. Banks seems to prefer more to secure themselves from likely opportunistic behavior of potentially "bad borrowers" with use of collateral. Findings are in line with theoretical and empirical arguments that systematic use of collateral can mitigate the adverse selection by banks in choosing whom to allocate the credit especially in country with turbulent political environment and weak property right system. However, unlike other studies findings suggest that the rhetoric of financial constraints to some extent has been exaggerated in a transition context.' [onderstreping HS&SB]⁶⁸

In dezelfde richting wijst onderzoek van Warnock en Warnock, dat is gericht op de invloed van het financiële en juridische systeem op de ontwikkeling van een markt voor onroerende

⁶⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 697 en p. 700.

⁶⁸ Zie Krasniqi 2010, p. 459-479.

zaken. Wij citeren de samenvatting van het onderzoek zoals deze door de onderzoekers is gegeven:

'We examine the extent to which markets enable the provision of housingfinance across a wide range of countries. Housing is a major purchase requiring long-term financing, and the factors that are associated with well-functioning housingfinance systems are those that enable the provision of long-term finance. Across all countries, controlling for country size, we find that countries with stronger legal rights for borrowers and lenders (through collateral and bankruptcy laws), deeper credit information systems, and a more stable macroeconomic environment have deeper housingfinance systems. These same factors also help explain the variation in housingfinance across emerging market economies. Across developed countries, which tend to have low macroeconomic volatility and relatively extensive credit information systems, variation in the strength of legal rights helps explain the extent of housingfinance. We also examine another potential factor – the existence of sizeable government securities markets – that might enable the development of emerging markets' housingfinance systems, but we find no evidence supporting that.' [onderstreping HS&SB]⁶⁹

Ten aanzien van de relatie tussen zekerheden en risico verdient overigens te worden vermeld dat hierbij ook een ander verband wordt aangetoond dan veelal wordt aangenomen te bestaan. Berger en Udell concluderen in 1990 namelijk dat een schuldenaar die een minder risicovolle lening wil eerder bereid is zekerheid te bieden in de vorm van een zekerheidsrecht dan een schuldenaar die een riskanter voorstel doet. De auteurs vatten het als volgt samen:

*'Most commercial loans are made on a secured basis, yet little is known about the relationship between collateral and credit risk. Several theoretical studies find that when borrowers have private information about risk, the lowest-risk borrowers tend to pledge collateral. In contrast, conventional wisdom holds that when risk is observable, the highest-risk borrowers tend to pledge collateral. An additional issue is whether secured loans (as opposed to secured borrowers) tend to be safer or riskier than unsecured loans. Empirical evidence presented here strongly suggests that collateral is most often associated with riskier borrowers, riskier loans, and riskier banks.'*⁷⁰

69 Zie Warnock/Warnock 2008, p. 239-251.

70 Zie Berger & Udell 1990, p. 21-42. Zie voor een vergelijkbare stelling Jiménez, Salas-Fumás & Saurina 2011, p. 109-132, m.n. p. 110: 'The extended multiperiod model presented in this paper shows that the use of collateral also lowers the average quality of borrowers, because banks can set higher interest rates in the first period, without violating the moral hazard constraint that forces borrowers to choose the safer project.'

Grondgedachte 3

Als de kans groter is dat een vordering niet verhaalbaar blijkt, leidt dit tot minder kredietverlening vooraf en meer schadebeperkend gedrag tijdens de looptijd van een desondanks verleend krediet.

Van het eerste deel van deze aanname zijn indirect bewijzen te vinden in de hiervoor reeds aangehaalde onderzoeken. Minder zekerheid leidt tot minder kredietfaciliteiten. Onderzoek dat cijfermatig aantoonde dat er een verband bestaat tussen risico's en handelingen van de gezeekerde schuldeiser tijdens de looptijd van het krediet hebben wij niet kunnen vinden. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat het verband er niet is; het lijkt *common sense* te zijn. Het is toch niet al te gewaagd om aan te nemen dat, toegesneden op de Nederlandse situatie, de zekerheidsnemer zijn recht doorgaans versterkt als de risico's toenemen, door extra handelingen te verrichten (zoals mededeling doen van een stille verpanding of het in vuistpand nemen van een zaak).

Aanname zekerheidsrechten

Deel een: Het gedrag van een kredietverstrekker wordt beïnvloed door de waarde van het zekerheidsrecht dat hierbij kan worden bedongen, waarbij de waarde van het zekerheidsrecht enerzijds wordt bepaald door de (executie)waarde van het onderpand en anderzijds door de rechten en bevoegdheden die aan het zekerheidsrecht zijn verbonden en de mate waarin het zekerheidsrecht in staat is om te gaan met veranderende omstandigheden tijdens de looptijd van het krediet.

Waarde is een lastig begrip. Niet alleen bestaan er verschillen tussen bijvoorbeeld de economische waarde, de marktwaarde, de executiewaarde, de verzekeringswaarde en de herbouwwaarde, ook is het bepalen van deze waarden geen exacte wetenschap. Bij kredietverstrekking is, om het nog complexer te maken, niet alleen de waarde op het moment van het verstrekken van de lening relevant, maar ook de waardeontwikkeling gedurende de looptijd van de lening. Na de schijnbaar eindeloze bloeiperiode van de huizenmarkt vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw, wordt eenieder er sinds 2008 weer aan herinnerd dat ook ten aanzien van onroerende zaken geldt dat resultaten uit het verleden geen garantie zijn voor de toekomst. Het lijkt echter onmogelijk om iemand te vinden die gefundeerd kan zeggen hoe lang de daling van de prijzen nog duurt en de waardeontwikkeling van het onderpand van een vandaag of morgen te verstrekken hypothecair krediet blijft dus koffiedik kijken. Heel erg is dat voor ons onderwerp echter niet. Het bepalen van de waarde en het voorspellen van waardeontwikkelingen zijn namelijk onderwerpen waar de jurist zich ver van kan houden. Zijn interesse beperkt zich tot de mogelijkheden om gevolgen van eventuele waardedalingen waar mogelijk juridisch te ondervangen en de eventuele reacties bij een (desondanks) optredende waardedaling. Als uitgangspunt voor

zijn bespiegelingen en overwegingen neemt een jurist meestal de executiewaarde van het zekerheidsobject. Dit is de verwachte opbrengst van het met een zekerheidsrecht bezwaarde goed in geval van een gedwongen verkoop ten titel van verhaal. Uit de documentatie van banken bij het bepalen van hypothecaire kredietaanvragen blijkt dat men de executiewaarde veelal vaststelt op 85 tot 90% van de marktwaarde.⁷¹

Dat de executiewaarde centraal staat hoeft niet te verbazen, aangezien het doel van de zekerheidsrechten is de nakoming van de gezeekerde vordering te garanderen en de executiewaarde komt als verwachte opbrengst van het zekerheidsobject dus overeen met de som geld die de kredietverstrekker in geval van nood in beginsel hoopt te ontvangen. Het is dus waarschijnlijk dat de financier de gezeekerde vordering tot dit bedrag voldaan zal krijgen als de schuldenaar niet meer betaalt en het tot een gedwongen verkoop komt. Voor zover meer wordt geleend, loopt de financier dus in beginsel een groter risico dat dit deel van zijn vordering niet zal worden voldaan.⁷²

Bij het bepalen van de meest in het oog springende voorwaarde bij een geldlening, de hoogte van de rente, speelt de executiewaarde ook een rol. Financiers plegen onderscheid te maken al naar gelang de verhouding tussen de executiewaarde en het geleende bedrag. Hoe meer er wordt geleend ten opzichte van de executiewaarde van de woning, hoe hoger het rentetarief, veelal in stappen tot 75%, 90%, 100% of 125% van de executiewaarde. Dit verband kan naar wij menen worden verklaard als een veiligheidsmarge die wordt ingebouwd, omdat de executiewaarde (slechts) een geschatte opbrengst voorstelt en de werkelijke opbrengst dus best lager kan zijn. Naarmate het geleende bedrag dichterbij de executiewaarde komt, wordt de kans immers groter dat de opbrengst onvoldoende zal zijn om de gehele gezeekerde vordering uit te voldoen. Meer risico voor de financier vertaalt zich hier dan daadwerkelijk in een hogere rente.⁷³

Dat de gerealiseerde executieopbrengst af kan wijken van de (geschatte) executiewaarde komt pregnant naar voren in een onderzoek van Brounen uit 2008.⁷⁴ Op basis van een steekproef van 290 transacties blijkt dat de opbrengst bij een executieveiling maar liefst

71 Zie Brounen 2008, p. 26. Overigens wordt de executiewaarde van woningen vanaf 1 januari 2013 niet meer getaxeerd op grond van het Model taxatierapport financiering woonruimte. Welke gevolgen dit heeft voor de bankpraktijk is op dit moment nog onduidelijk. Zie hierover Mulder & Snijders 2012, p. 275-278.

72 Indien de zogenoemde Nationale hypotheekgarantie (NHG) van toepassing is, wordt dit risico verder beperkt. Ook deze vorm van zekerheid wordt meegenomen bij de afwegingen omtrent kredietverschaffing en de voorwaarden (rente).

73 Rente is de vergoeding die de geldnemer verschuldigd is enerzijds voor door de geldgever gemaakt kosten en anderzijds een vergoeding voor het door de geldgever gelopen risico dat de vordering niet (geheel) zal worden voldaan.

74 Zie Brounen 2008, p. 26.

37% lager ligt dan de geschatte marktwaarde. Dit is een significant hoger percentage dan uit vergelijkbare Amerikaanse onderzoeken blijkt.⁷⁵

De civilologische vraag is dan hoe door financiers is gereageerd op dit onderzoeksresultaat. Voor zover ons bekend, is er geen fundamentele verandering geweest in het beleid van financiers en de marge die zij hanteren tussen werkelijke waarde en executiewaarde voor en na 2008. Een verklaring hiervoor is mogelijkwerwijs dat slechts een beperkt deel van de gedwongen verkopen plaatsvindt via een executieveiling. Artikel 3:268 lid 2 BW biedt de hypotheekhouder en hypotheekgever immers de mogelijkheid tot een onderhandse verkoop met goedkeuring van de voorzieningenrechter. Deze wijze van uitwinning van hypotheekrechten leidt tot een hogere opbrengst, zo wordt verondersteld. Het gemiddelde verschil tussen de marktwaarde en de executieopbrengst is hierdoor minder dan de uit het onderzoek naar voren komende 37%. Een andere verklaring kan de toepasselijkheid van de Nationale Hypotheek Garantie vormen. Hierdoor krijgt de financier ondanks de lagere executieopbrengst toch zijn hele vordering voldaan en daalt dus het percentage dat hij er 'bij in schiet' tot 0%. Of dit ook de reden is voor het ontbreken van een reactie bij de kredietverleners, is echter een niet verder onderzochte hypothese van de auteurs van deze bijdrage.

Het verband tussen de waarde van onderpand en de voorwaarden waaronder krediet wordt verleend, is daarbij onlangs onderstreept door de reactie van banken op de wijziging van de regels betreffende het bodemvoorrecht van de fiscus. Onderdeel van het belastingplan 2013 is de aanpassing van de regels van het bodemvoorrecht, waardoor stille pandhouders die hun recht om willen zetten in een vuistpandrecht dit voornemen moeten melden aan de fiscus, waarna de laatste vier weken de tijd heeft om stappen te ondernemen, lees: bodembeslag te leggen.⁷⁶ Aangezien de fiscus in veel gevallen een vordering op de schuldenaar zal hebben en van de geboden gelegenheid gebruik zal maken, betekent dit feitelijk dat de opbrengst bij executie naar de fiscus in plaats van naar de pandhouder gaat, dit op grond van artikel 22 Invorderingswet 1990. De waarde van het pandrecht op bodemzaken wordt hiermee drastisch verkleind.⁷⁷ Voor de Raad van State was dit aanleiding om hieraan de veronderstelling te verbinden dat het niet ondenkbaar is dat het versterken van de positie van de ontvanger negatieve gevolgen heeft voor de kredietverlening door financiële instellingen.⁷⁸ Dat deze verandering gevolgen heeft voor de kredietverlening is inmiddels een feit.

⁷⁵ In Louisiana, Texas en Arizona lag de executieopbrengst in resp. 1990, 1994 en 1996, resp. 24%, 23% en 22% lager dan de marktwaarde. Zie Brounen 2008, p. 27.

⁷⁶ Zie Kamerstukken II 2012/13, 33402, nr. 3 onder 9 voor de toelichting.

⁷⁷ Zie hierover ook Van den Bosch 2012, p. 309-316; Beekhoven van den Boezem 2012; Van Hees 2012; Tekstra 2012-1, p. 228-236; Tekstra 2012-2, p. 286-290.

⁷⁸ Zie advies nr. W06.12.0353/III, Kamerstukken II 2012/13, 33 402, nr. 4.

Deel twee: Een zekerheidsrecht dat de fluctuatie in de waarde van het onderpand zo veel mogelijk beperkt of compenseert, leidt tot een grotere bereidwilligheid van de kredietverlener tot het aangaan van een kredietovereenkomst of onder voor de kredietnemer gunstigere voorwaarden en minder behoefte in te grijpen bij wijzigende omstandigheden.

Als meer zekerheid leidt tot betere financieringsmogelijkheden, dan geldt omgekeerd dus de aanname dat onzekerheid leidt tot een gebrek aan financieringsbereidheid of voor de kredietnemer minder gunstige voorwaarden. Dat dit laatste niet zuiver denkbeeldig is, 'bewijst' de gang van zaken rond de financiering van particuliere erfpachtrechten sinds begin 2010. Vanaf dat moment verstrekten banken geen hypothecaire leningen meer ter verkrijging van erfpacht bij een particuliere erfverpachter. De reden hiervoor was onder andere dat onduidelijkheid bestond over de toekomstige hoogte van de canonverplichting van de erfpachter. De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft de Tweede Kamer hierover in mei 2011 per brief laten weten dat het Rijk samen met banken op zoek is naar een goede oplossing, waarbij wordt gestreefd naar individuele beoordelingen van gevallen volgens op te stellen richtlijnen.⁷⁹ Uiteindelijk heeft dit ertoe geleid dat vanaf eind 2011 door de Nederlandse banken weer aanvragen tot financiering van particuliere erfpacht in behandeling werden genomen.⁸⁰

Een vergelijkbare reactie is denkbaar op het arrest *SNS-Bilici c.s.* Daarin is door het Hof Amsterdam beslist dat het huurbeding (art. 3:264 BW) niet analoog kan worden toegepast bij het pandrecht op lidmaatschapsrechten in een flatcoöperatie.⁸¹ Financiers zouden als gevolg van deze rechtspraak in de toekomst terughoudender kunnen worden – wij drukken ons voorzichtig uit – bij het verstrekken van krediet aan kopers van dergelijke lidmaatschapsrechten. Dat zou vooral vervelend zijn voor de huidige rechthebbenden van deze rechten, omdat het hun woningen praktisch onverkoopbaar zou kunnen maken.

3.2 *Rol van veronderstellingen in het zekerhedendebat*

Wat betekent dit nu allemaal voor ons jonge stel uit de casus? Deze vraag is zeer moeilijk te beantwoorden. Zelfs als vast komt te staan dat de in paragraaf 2.4 geformuleerde uitgangspunten juist zijn, is daarmee namelijk nog niet bepaald welke invloed deze verbanden hebben op een individueel niveau. De veronderstellingen en aannames die hier centraal staan, hebben een zeer algemeen karakter. Ze hebben betrekking op beïnvloeding van de kredietverlening op abstract niveau en houden geen rekening met de wijze waarop een

79 Brief Tweede Kamer d.d. 13 mei 2011, kenmerk SB 2011044280.

80 Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen onder andere de website van de stichting gedupeerde particuliere erfpacht, www.stichting-gpe.nl.

81 Zie Hof Amsterdam 25 november 2011, JOR 2012/129.

kredietbeoordelaar of casemanager in een concreet geval een beslissing neemt, zoals in het voorbeeld van het jonge stel. Buiten beschouwing blijven aldus allerlei psychologische en andere factoren die het beslissingsproces van geval tot geval zouden kunnen beïnvloeden.⁸²

Hetgeen hierna wordt opgemerkt, is dus beperkt tot de invloed van aspecten op de financieringspraktijk in het algemeen en bijvoorbeeld de richtlijnen die daarin worden gehanteerd. Dat ook dit een reëel gevolg kan hebben, blijkt wel uit de hiervoor geschetste gang van zaken bij particuliere erfpacht: alle banken weigerden aanvragen te beoordelen, ongeacht de concrete omstandigheden van de individuele aanvrager. Met name voor rechthebbende van een erfpachtrecht die het wilde verkopen was dit bijzonder vervelend.

Uit paragraaf 3.1 komt een zeer gemengd beeld naar voren. Een deel van de veronderstellingen blijkt in ieder geval in een deel van de gevallen waar. De mogelijke fluctuaties in de waarde van het onderpand leiden soms tot reacties van financiers, zoals bij het particuliere erfpachtrecht. De aangenomen verbanden zijn echter geen wet van Meden en Perzen. Het uitsluiten van de analoge toepassing van het huurbeding bij pandrechten op lidmaatschapsrechten heeft tot op heden geen reactie uitgelokt. Geheel vreemd vinden wij dit overigens niet. Zoals in de inleiding al is gesteld, wordt bij de afweging tot het al dan niet verstrekken van krediet een groot aantal factoren meegewogen. De veerkracht van het zekerheidsrecht is slechts één van de factoren die het gedrag van de kredietverstrekker kunnen beïnvloeden. Een wijziging in de mogelijkheid van een zekerheidsrecht om een wisseling in de waarde van het onderpand op te vangen, hoeft dus ook niet tot een grote reactie in het gedrag van de kredietbeoordelaar te leiden. Dat *kan* echter wel en het probleem lijkt te zijn dat we niet weten welke wijzigingen in welke mate een reactie uitlokken en welke niet. De voorzichtige, door de voorbeelden uit paragraaf 3.1 ondersteunde conclusie lijkt te zijn dat de reactie van financiers bij grote onzekerheid mogelijk is dat zij geen krediet verlenen en dat niet alle beperkingen van de waarde van een zekerheidsrecht leiden tot een reactie van de kredietverstrekkers.

Er moet dus een onderscheid worden gemaakt twee verschillende risico's: enerzijds het risico dat de kredietverstrekker loopt dat de vordering niet (volledig) wordt voldaan en anderzijds het risico dat kredietverstrekkers reageren op beperkingen van de waarde van hun zekerheidsrecht. Het eerste risico moet door het zekerheidsrecht worden opgevangen, het tweede risico lijkt de kern te zijn van de dragende argumenten om zekerheidsnemers bepaalde bevoegdheden te geven. Het is dit tweede risico, dat wil zeggen: de kans dat

82 Zonder hier uitgebreid naar te hebben gezocht, stuiten wij in ieder geval op twee onderzoeken naar de macro-economische invloed van nationale culturele, politieke en economische factoren op de werking van financiële markten: Aggarwal & Goodell 2009, p. 1170-1780; Aggarwal & Goodell 2010, p. 502-520. Voor een directer verband tussen de persoonlijke relatie van de kredietbeoordelaar en de schuldenaar, zie Chakraborty, Fernando & Mallick 2010, p. 27-48, waarin de auteurs tot de volgende conclusie komen: 'Our findings confirm anecdotal claims from the small business community that relationships are vital to secure higher credit limits.'

de kredietverlening door een beperking van bevoegdheden van de zekerheidsnemer negatief wordt beïnvloedt, dat vervolgens wordt gekoppeld aan de aanname dat de reactie van de zekerheidsnemer (ruimere) economische gevolgen heeft.

Wetgever noch rechter lijkt het risico te willen lopen dat hij met zijn beslissing het kredietverkeer en daarmee het economische verkeer ontwricht. Ondanks het feit dat de omvang van deze kans niet goed kan worden ingeschat en misschien heel beperkt is (een reactie kan ook uitblijven) of dat de gevolgen niet heel ingrijpend zijn (de voorwaarden bij kredietverlening worden enigszins aangepast, maar niet op een wijze die tot problemen leidt), kiest men dan liever voor de veilige weg. Deze grondhouding lijkt de afweging van de wetgever (en de rechter) in veel gevallen te sturen. Zij nemen het zekere voor het onzekere door de kans dat kredietverstrekkers onwenselijk gedrag gaan vertonen als reactie op een maatregel of beslissing niet eens te laten ontstaan.

Dat het slechts gaat om de mogelijke reactie van financiers, verklaart misschien ook waarom weinig woorden worden vuilgemaakt aan de onderbouwing van deze aanname. Het lijkt immers niet te gaan om de *omvang* van de kans dat er een reactie optreedt, of de mate waarin daadwerkelijk een verandering in de financieringspraktijk op zal treden, doch uitsluitend om het *bestaan* van een kans op een onwenselijke reactie. De veronderstellingen hebben dus, denken wij, betrekking op de kansen op bepaalde reacties en niet op de reacties zelf. De theoretische *mogelijkheid* dat een veronderstelling waar is, is hierdoor veelal genoeg om de afweging te beïnvloeden.

Een andere trend die zichtbaar lijkt, is dat de gevonden aannames in het zekerhedendebat regelmatig een eigen leven gaan leiden en hun status verandert in die van een feit. Waar in de discussie tussen Meijers en Zeelenberg nog expliciet rekenschap wordt gegeven van de niet bewezen status van de veronderstellingen, wordt in latere parlementaire stukken en in de rechtspraak deze nuancering steeds subtieler (een bepaald effect zou kunnen optreden) of ontbreekt deze zelfs (zie HR 3 februari 2011, NJ 2012/261, Dix q.q./ING).

In de literatuur is deze laatste tendens het sterkst, zoals in het actuele debat rond het voorstel om separatisten bij een faillissement voortaan aan de boedel een vast percentage van de executieopbrengst te laten betalen plus een vergoeding voor de werkzaamheden van de curator toe te kennen. Ter illustratie een greep uit de gepubliceerde verslagen van een bijeenkomst bij INSOLAD in het voorjaar van 2012:

*De commissie is van oordeel dat het nieuwe stelsel niet alleen de rechtszekerheid bevordert maar ook in financiële zin gunstige gevolgen zal hebben.*⁸³

De Ranitz verwijst naar het feit dat banken in het huidige economisch klimaat terughoudend zijn met financieren als factoren die reeds de beschikbaarheid van

83 FIP 2012, p. 119.

*krediet negatief beïnvloeden en volgens hem zal deze regeling dit verergeren. De prijs van krediet zal hoger worden en banken gaan sneller een bedrijf stilleggen, omdat ze vóór faillissement nog 100% krijgen bij executie van hun zekerheidsrecht.*⁸⁴

*Struycken uit zijn angst dat het voorstel nieuwe perverse prikkels creëert, omdat het voorstel een systeem kent waarin door de faillietverklaring de rechten van de zekerheidsnemer wijzigen. Ten eerste zal de bank willen pappen en nathouden en het faillissement uitstellen, zodat zij 100% krijgt. Ten tweede geef je de concurrente schuldeisers de perverse prikkel om eerder de faillietverklaring uit te lokken, zodat de naar alle waarschijnlijkheid voor hen voordelige haircut op de opbrengst uit de zekerheden opeens van toepassing wordt.*⁸⁵

*Veerbeek (ING Commercial Finance) acht het voorstel onrealistisch en voorziet problemen met kredietverlening.*⁸⁶ [onderstreping HS&SB]

Dit is misschien wel het grootste gevaar van de rol van aannames in debatten over zekerheidsrechten. Zonder dat de betrokkenen zich hier nog van bewust zijn, gaan zij uit van het bestaan van allerlei causale verbanden en speelt de omvang van een risico of de mate waarin een potentiële verandering gevolgen zou kunnen hebben voor de kredietverschaffing eigenlijk geen rol meer. Een ‘eerlijke’ afweging van argumenten en betrokken belangen wordt hierdoor ernstig belemmerd.

4 SLOTSOM

Aan het zekerhedenrecht ligt een aantal terugkerende veronderstellingen ten grondslag. Samengevat komen zij erop neer dat de stabiliteit van de waarde van het zekerheidsrecht mede bepalend is voor de mate van en voorwaarden bij kredietverlening en het gedrag van de kredietverstrekker tijdens de looptijd van een krediet. Het gedrag van een kredietverstrekker wordt dus beïnvloed door de waarde van het zekerheidsrecht dat hierbij kan worden bedongen, waarbij de waarde van het zekerheidsrecht enerzijds wordt bepaald door de (executie)waarde van het onderpand en anderzijds door de rechten en bevoegdheden die aan het zekerheidsrecht zijn verbonden. Hierdoor is het mogelijk dat veranderingen in de bevoegdheden of rechten van de zekerheidsnemer zich vertalen in veranderd gedrag, maar noodzakelijk is dit niet.

Uit het door ons verrichte onderzoek komt naar voren:

⁸⁴ TvI 2012/19.

⁸⁵ TvI 2012/19.

⁸⁶ FIP 2012, p. 119.

- a. dat kredietverleners in beginsel gebruikmaken van de mogelijkheden die de wet hen biedt om zekerheid te bedingen (zie hypotheekbedingen);
- b. dat bij grote onzekerheid de reactie van kredietverleners mogelijk is dat zij geen krediet verlenen (zie particuliere erfpacht);
- c. dat niet alle negatieve signalen over risico's of onzekerheid leiden tot een reactie van de kredietverstrekkers;
- d. dat niemand weet of zelfs maar durft te raden welke wijzigingen daadwerkelijk de kredietverlening of de voorwaarden waaronder kredieten worden verleend beïnvloeden;
- e. dat de kans op het optreden van een onwenselijk reactie reeds een voldoende argument is om er toch rekening mee te houden.

In het zekerhedenrecht draait het eigenlijk volledig om het vermijden of beperken van risico's. Daarbij verandert automatisch het perspectief van de vraag of iets *gaat* gebeuren, naar de vraag of iets *kan* gebeuren. Dat wetenschappelijke onderbouwing ontbreekt, wil niet altijd zeggen dat de veronderstelling niet waar is. Het *kan* nog steeds een correcte aanname zijn, maar dat hoeft niet.

Voor het zekerhedenrecht lijkt derhalve te gelden dat veronderstellingen niet altijd bewezen hoeven te worden om er toch gevolgen aan te (willen) verbinden. Wel is het zinvol om dergelijke veronderstellingen, meer dan tot nu toe misschien gebruikelijk is, expliciet te maken en te benoemen dat het niet zozeer draait om de verwachte reactie op zich, maar om de reële kans dat een bepaalde onwenselijke reactie optreedt. Een gerechtvaardigde veronderstelling *kan* onderbouwing genoeg zijn.

Het voorgaande neemt niet weg dat het nuttig kan zijn te trachten cijfermatige onderbouwing te vinden voor bepaalde veronderstellingen in het zekerhedenrecht. Wij vragen ons wel af hoe realistisch het is dat hier voldoende betrouwbare gegevens uitkomen. De terugkerende aannames zijn immers gebaseerd op verschillende opvolgende veronderstellingen met elk diverse mogelijke invalshoeken voor nader wetenschappelijk onderzoek en pas na onderzoek naar de samenloop van de uitkomsten van eventuele deelonderzoeken kunnen waarschijnlijk uitspraken worden gedaan over de omvang en de aard van eventuele reacties. De economie en de praktijk van de kredietverlening vormen daarbij geen speelveld waarin je 'gewoon een keer kan testen en kunt zien wat er gebeurt' en ook het maken van een overtuigende proefopstelling lijkt ons een vrijwel onmogelijke opdracht. Nu de gevolgen van een verkeerde inschatting potentieel desastreus zijn, is het ook niet zo vreemd dat de kredietverlener/rechter/wetgever in zekerhedenrecht liever het zekere voor het onzekere neemt.

LITERATUUR

Aggarwal & Goodel 2009

R. Aggarwal & J.W. Goodel, 'Markets and institutions in financial intermediation: national characteristics as determinants', *Journal of Banking & Finance*, 33 (2009) p. 1170-1780.

Aggarwal & Goodel 2010

R. Aggarwal & J.W. Goodel, 'Financial markets versus institutions in European countries: Influence of culture and other national characteristics', *International Business review* 19 (2010) p. 502-520.

Beekhoven van den Boezem 2012

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Wetsvoorstel wijziging bodem(voor)recht: overheid bezint eer ge begint!', *TvI* 2012/26.

Berger & Udell 1990

A.N. Berger & G.F. Udell, 'Collateral, loan equity and bank risk', *Journal of Monetary Economics* 25 (1990) p. 21-42.

Berger & Udell 1995

A.N. Berger & G.F. Udell, 'Relationship lending and Lines of credit in small firm finance', *Chicago Journals/the journal of business*, vol. 68, no. 3 (jul. 1995), p. 351-381.

Berger & Udell 2006

A.N. Berger & G.F. Udell, 'A more complete conceptual framework for SME finance', *Journal of Banking & Finance* 30 (2006), p. 2945-2966.

Van den Bosch 2013

R. van den Bosch, 'Belastingplan 2013: de beoogde versterking van het bodemvoorrecht van de fiscus', *MvV* 2012, p. 309-316.

Brounen 2008

D. Brounen, *The boom and gloom of real estate markets*, Inaugural addresses research in Management series 2008, p. 26.

Buch & Neugebauer 2011

C.M. Buch & K. Neugebauer, 'Bank-specific shocks and the real economy', *Journal of Banking & Finance* 35 (2011), p. 2179-2187.

Chakraborty, Fernando & Mallick 2010

Chakraborty, Fernando & Mallick, 'The Importance of Being Known: Relationship Banking and Credit Limits', *Quarterly Journal of Finance & Accounting*; Spring 2010, vol. 49, Issue 2, p. 27-48.

Van Hees 2012

A. van Hees, 'Wetsvoorstel wijziging bodem(voor)recht: een te billijken aanpassing', *TvI* 2012/27.

Jiménez, Salas-Fumás & Saurina 2011

G. Jiménez, V. Salas-Fumás & J. Saurina, 'The Effects of Formal and Informal Contracting in Credit Availability', *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 43, No. 1 (February 2011), p. 109-132, m.n. p. 110.

Krasniqi 2010

B.A. Krasnuqi, 'Are small firms really credit constrained? Empirical evidence from Kosova', *Int Entrep Manag J* (2010) 6, p. 459-479.

Mulder & Snijders 2012

A. Mulder & J. Snijders, 'Executiewaarde voor woningen wordt niet langer getaxeerd; hoe om te gaan met een gedwongen (executoriale) verkoop?', *FIP* 2012, p. 275-278.

Rongen 2012

M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss.), 2012, p. 795 e.v.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss.), 2007, p. 489 e.v.

Struycken 2009

T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten en registratie', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Tekstra 2012-1

A.J. Tekstra, 'De geforceerde restyling van het bodemrecht', *FIP* 2012, p. 228-236.

Tekstra 2012-2

A.J. Tekstra, 'Het nieuwe bodemrecht (vervolg): het gaat van kwaad tot erger', *FIP* 2012, p. 286-290.

Warnock & Warnock 2008

V.C. Warnock & F.E. Warnock, 'Markets and housing finance', *Journal of Housing Economics* (17) 2008, p. 239-251.

BIJLAGE I

	Huurbe- ding	Verzeke- ring	Onderhoud	Waardeda- ling/ afbre- ken/ schade/	Beheer	Gebruik volgens bestem- ming	Faillisse- ment /surse- ance hypo- theek- gever
ABN-AMRO (voorwaarden woningen hypo- theken; algemene bepalingen voor hypotheek jan. 2012)	Art. 4 (Ver- huur)	Art. 4 (ver- zekering, schade, vergoedin- gen)	Art. 4 (gebruik, onderhoud en instand- houding)	Art. 11 sub g t/m i Art. 4 (gebruik, onderhoud en instand- houding)	Art. 12	Art. 4 (gebruik, onder- houd en instand- houding)	Art. 11 sub e
ING (alg. vw. ING hypotheek nov. 2012)	Art. 14 lid 1	Art. 10 lid 1	Art. 12 lid 1	Art. 9 lid 2 sub b, c en h Art. 12 lid 7 Art. 12 lid 1, 4 en 5	Art. 13	Art. 12 lid 3	Art. 9 lid 2 sub e
Obvion (alg. vw. hypo- theek okt. 2012)	Art. 3 lid 2 sub a	Art. 2 lid 4 en 5	Art. 2 lid 1 sub b	Art. 2 lid 7 Art. 2 lid 9 Art. 3 lid 2 sub h	Art. 7	Art. 2 lid 1 sub a	Art. 2 lid 9
Rabobank (alg. vw. Hypothe- ken 2009)	Art. 3 sub a	Art. 2 sub e	Art. 2 sub a	Art. 2 sub g Art. 3. sub h	Art. 12	Art. 3 sub j	Art. 2 sub g
Reaal (alg. vw. van geldlening en hypotheekver- strekking Woningfonds B.V. 2009)	Art. 38	Art. 35	Art. 33	Art. 26	Art. 46	Art. 40 lid 1 Art. 18 lid 1 sub i	Art. 18 lid 1 sub d
SNS (alg. vw. van Geldlening en Hypotheekverle- ning SNS Bank, particulier, okt. 2005)	Art. 34 lid 1	Art. 31 lid 1	Art. 29	Art. 15 lid 1 sub l Art. 20	Art. 42	Art. 15 lid 1 sub i Art. 36 lid 1	Art. 15 lid 1 sub d

23 NAAR EEN EFFECTIEVE BESCHERMING VAN DE KOPER VAN EEN WONING

A.L.M. Keirse en A. van Onna

SAMENVATTING

Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw leeft de overtuiging dat de consument beschermd dient te worden bij wat voor velen de grootste financiële aanschaf in het leven is: de koop van een woning. Beantwoording van de vraag hoe die bescherming gestalte moet krijgen, is evenwel een moeilijke oefening. Onderzoek van het Nederlandse, Belgische en Franse recht leert weliswaar dat elk van deze rechtsstelsels op een eigen manier een vorm van bescherming tracht te organiseren voor de kopers van een woning, maar ook dat de roep om een bedenktijd alom wordt gehoord. Over de gemaakte keuzes wordt vervolgens ruimhartig discussie gevoerd in de rechtswetenschappelijke literatuur. Juridische argumentatie alleen is evenwel onvoldoende om de beschermingsinstrumenten te waarderen. Het is zaak om vanuit een multidimensionale benadering de regulering te toetsen, zodat gefundeerd voor een bepaalde koers kan worden gekozen. In deze bijdrage worden de resultaten van de rechtseconomische literatuur betrokken, alsook inzichten vanuit de psychologie. Aldus wordt de regulering getoetst op haar effectiviteit.

1 TER INLEIDING

1.1 *Het probleem samengevat*

Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw leeft de overtuiging dat de consument beschermd dient te worden bij wat voor velen de grootste financiële aanschaf in het leven is: de koop van een woning. Beantwoording van de vraag hoe die bescherming gestalte moet krijgen, is evenwel een moeilijke oefening. Onderzoek van het Nederlandse, Belgische en Franse recht leert weliswaar dat elk van deze rechtsstelsels op een eigen manier een vorm van bescherming tracht te organiseren voor de kopers van een woning, maar ook dat de roep om een bedenktijd alom wordt gehoord. Over de gemaakte keuzes wordt vervolgens ruimhartig discussie gevoerd in de rechtswetenschappelijke literatuur. Juridische argumentatie alleen is evenwel onvoldoende om de beschermingsinstrumenten te waarderen. Het

is zaak om vanuit een multidimensionale benadering de regulering te toetsen, zodat gefundeerd voor een bepaalde koers kan worden gekozen. In deze bijdrage worden de resultaten van de rechtseconomische literatuur betrokken, alsook inzichten vanuit de psychologie. Aldus wordt de regulering getoetst op haar effectiviteit.

1.2 *Plan van aanpak*

De aankoop van een huis is voor de particuliere koper vaak een eenmalige of op zijn minst een ingrijpende gebeurtenis. Een huis valt binnen de categorie van *high involvement-products*. Dit zijn producten waarvan de aanschaf enerzijds van groot belang is voor de consument, maar anderzijds ook risico's met zich kan brengen.¹ Bij de koop van een *high involvement-product* zoals een woning lijkt een rationeel en uitgebreid besluitvormingsproces voor de hand te liggen. Hierbij past een uitgebreide oriëntatiefase en een evaluatie van de relevante beschikbare informatie. De praktijk komt, zoals we in deze bijdrage zullen zien, echter niet steeds overeen met deze theoretische aannames. Hoe dient, wetende dat bij de koop van een woning risico's en grote belangen een rol spelen, de consument te worden beschermd? Welke gegevens vanuit welke discipline zijn hier leidend?

In Nederland en de ons omringende landen wordt naarstig gezocht naar het juiste beschermingsmechanisme. Al jarenlang staan diverse opties ter discussie en worden regelmatig voorstellen gedaan tot nieuwe beschermingsinstrumenten. De bescherming bij het koopproces van een woning is in het Nederlandse, Franse en Belgische recht gegoten in de vorm van een bedenktijd, een informatieverplichting of een combinatie van deze twee. Andere vormen van bescherming kunnen liggen in het reguleren van de goederenrechtelijke gevolgen of in het invoegen van professionele begeleiding. Overheidsinterventie kan derhalve op verschillende manieren gestalte krijgen. De vraag is dan ook welke instrumenten (waarom) ingezet dienen te worden.²

In deze bijdrage zullen de huidige beschermingsinstrumenten worden besproken en getoetst op hun effectiviteit. In paragraaf 2 passeren aan de hand van verschillende disciplines de relevante invalshoeken de revue. De zoektocht naar het juiste beschermingsinstrument wordt vanuit juridisch oogpunt gestart. De rechtseconomische invalshoek zet vervolgens in op de maximale economische efficiëntie, waarbij wordt uitgegaan van de rationaliteit van de mens bij het maken van een keuze, zo ook bij het proces van de koop van een woning. De gedragswetenschappen kruisen deze economische analyse door het onderzoek naar de psychologische factoren die een rol spelen in het besluitvormingsproces en die de rationele keuzetheorie ontkrachten. Op basis hiervan worden in de paragrafen 3 en 4 de actuele beschermingsmechanismen kritisch op hun werking getoetst. In paragraaf

1 Verhage 2004, p. 191.

2 Vergelijk ook Rekaiti & Van den Berg 2000, p. 373.

5 wordt de balans opgemaakt om vervolgens in paragraaf 6 te komen tot het voorstel van professionele begeleiding. Een samenvattende conclusie in paragraaf 7 rondt deze bijdrage af.

2 DE INVALSHOEKEN

2.1 *Juridische instrumenten*

De bescherming bij de aankoop van een woning kan op verschillende manieren vorm krijgen.³ In het Nederlandse recht heeft de wetgever gekozen voor een combinatie van beschermingsinstrumenten: het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd, alsook de mogelijkheid tot inschrijving van de koop in de openbare registers. Dit brengt allereerst met zich dat de koop van een woning door een particulier in Nederland niet langer vormvrij tot stand komt, maar op straffe van nietigheid een door partijen opgemaakte en ondertekende akte vergt.⁴ Vervolgens heeft de particuliere koper van een woning drie dagen de tijd om zich, zonder opgave van redenen, terug te trekken uit de overeenkomst. De herhaaldelijk voorgestelde notariële interventie bij de totstandkoming van de koopovereenkomst is niet ingevoerd. Desalniettemin is het wel mogelijk gemaakt om de notaris reeds in de contractuele fase in te schakelen en de tot stand gekomen overeenkomst in de registers te laten inschrijven. Gebruikmaking van dit beschermingsinstrument heeft als gevolg dat het recht op daadwerkelijke levering van het gekochte registergoed gedurende zes maanden in hoge mate wordt beschermd ten nadele van andere schuldeisers van de verkoper, ook in faillissement.⁵

In het Belgische recht komt de koper geen wettelijke bedenktijd toe. Wel is er een scala aan bijzondere en algemene informatieplichten vastgelegd in diverse wetten, decreten en ordonnanties.⁶ De Franse wetgever koos voor een combinatie van een ruime bedenktijd en verschillende informatieplichten.⁷ De koper van een onroerend goed krijgt in Frankrijk zeven dagen de tijd om zich te beraden en om de verkregen informatie te verwerken.

3 Zie onder andere Rekaiti & Van den Berg 2000, p. 373.

4 In een in belang der wet ingestelde cassatieprocedure heeft de Hoge Raad zeker gesteld dat niet alleen de particuliere koper, maar ook de particuliere verkoper zich kan onttrekken aan mondelinge afspraken over de verkoop van een woning (HR 9 december 2011, RvdW 2011, 1541). Zie meer uitgebreid: Keirse & Schaub 2012, p. 3-10.

5 Zie nader: Keirse e.a. 2009, p. 29 e.v.

6 Zie Voet & Keirse 2011, p. 206 e.v.

7 Zie Voet & Keirse 2011, p. 239.

2.2 *Rechtseconomisch streven*

Juridische overwegingen vormden de grondslag voor de hier genoemde beschermingsinstrumenten. De reguleringen zijn daarmee mede beoordeeld op hun rechtvaardigheid. Vanuit een rechtseconomische invalshoek draait het evenwel niet direct om de mate van rechtvaardigheid, maar om de mate van efficiëntie van de rechtsregels. Zo wordt een wijziging, aanpassing of invoering van een regel aan de hand van de efficiëntiemaatstaf voorgesteld, indien en voor zover deze aanvulling ertoe zou leiden dat er meer mensen in individuele welvaart op vooruitgaan, dan dat er andere mensen in individuele welvaart op achteruitgaan.⁸ Het streven is een maximale economische efficiëntie, hetgeen inhoudt dat de beschikbare middelen worden aangewend voor het meest gewaardeerde gebruik, met als maatstaf de intrinsieke voorkeuren van mensen, rekening houdend met de beperkingen die voortvloeien uit de ongelijkheden in rijkdom.⁹ De optimale situatie is gevonden, indien het niet mogelijk is om met een andere rechtsregel tot een gunstiger saldo van kosten en baten voor alle betrokken partijen gezamenlijk te komen.¹⁰

Uit de rechtseconomische analyse blijkt dat het streven naar efficiëntie gebaseerd is op de rationele keuzetheorie. Deze theorie houdt in dat consumenten rationeel nadenken en keuzes maken gebaseerd op weldoordachte overwegingen rekening houdend met alle middelen en alternatieven die hen ter beschikking staan om te zorgen voor een zo groot mogelijke behoeftebevrediging.¹¹ De mens wordt gepresenteerd als *homo economicus*.

Deze rechtseconomische, gesimplificeerde weergave van consumentengedrag is echter niet realistisch.¹² Consumentengedrag ligt gecompliceerder. Weliswaar onderscheidt de mens zich van andere wezens doordat we de capaciteit hebben om logisch te kunnen nadenken, beredeneren en rekenen, maar de keuzes die we maken zijn veelal niet gebaseerd op basis van logische redeneringen en rationele overwegingen.

Vanuit rechtseconomisch oogpunt zijn beslissingen irrationeel, wanneer de keuze niet is gebaseerd op het maximaliseren van de eigen opbrengsten, maar is gebaseerd op emoties, (onbewuste) gewoontes, sociale normen en andere interne of externe factoren die buiten de rationaliteit liggen. Zo zal iemand tijdens een vakantieperiode, waarin ontspanning heerst en (de sfeer en aard van) het vakantiehuisje tijdelijk het belangrijkste lijkt, eerder geneigd zijn tot de aanschaf van een *time-share* accommodatie, dan in de drukte van alledag.¹³ Een dergelijke beslissing berust dan niet op rationele overwegingen, maar is in grote mate beïnvloed door de omstandigheden en gevoelens van dat moment.

8 Kaplow & Shavell 2001, p. 1056-1057; Weterings 2012, p. 112.

9 Willis 2006, p. 742; Terryn 2008, p. 527.

10 Weterings 2007, p. 8.

11 Rekaiti & Van den Berg 2000, p. 374.

12 Zie over deze thematiek ook de bijdrage van Luzak in deze bundel.

13 Rekaiti & Van den Berg 2000, p. 375.

2.3 Gedragswetenschappelijk perspectief

In veel gevallen is aldus niet zozeer sprake van een rationele besluitvorming, maar spelen diverse (psychologische) factoren een aanzienlijke rol bij het nemen van de beslissing. De waarde van de rationele keuzetheorie – ofschoon die in de praktijk nog immer het uitgangspunt vormt voor het (te vormen) regeringsbeleid, – wordt meer en meer in twijfel getrokken.¹⁴ Het is zaak na te gaan of de aannames die bestaan binnen de economie wel overeenkomen met de psychologische werkelijkheid.¹⁵ Ook andere studies¹⁶ – binnen maar ook verdergaand dan de *behavioral economics* – laten zien dat van de rationele-keuzetheorie in de praktijk weinig overblijft.¹⁷

Sunstein bijvoorbeeld analyseert het gedrag van de mens binnen de *behavioral law and economics* en onderzoekt het verschil tussen de *homo economicus* en de ‘echte’ (niet-hypothetische) mens.¹⁸ Hij doet dit aan de hand van een aantal grenzen aan het menselijk vermogen die de aannames van het streven naar maximale economische efficiëntie, het kiezen aan de hand van rationele overwegingen en het optimaal verwerken van informatie oprekken. Mensen zijn slechts tot een bepaald punt rationeel in hun overwegingen en trekken vaak onjuiste conclusies, zo is uit dit onderzoek gebleken. In het onderzoek van Tversky en Kahneman, waarnaar Sunstein ook verwijst, kwam naar voren dat mensen bijvoorbeeld beredeneren dat zij meer kans hebben op een ongeluk ingeval zij er recentelijk één hebben gezien.¹⁹ Dit illustreert dat mensen de kans dat iets zal gebeuren berekenen op basis van irrelevante gegevens en niet na een rationele overweging.

Meer toegespitst op het koopgedrag van de consument kan worden gesteld dat het onderbewuste al een keuze heeft gemaakt, voordat in het bewustzijn dit besef er is. Dit zou betekenen dat we eerst kiezen en daarna pas beredeneren waarom we die keuze maken. Of anders gezegd: een redenering leidt niet tot een conclusie, maar een conclusie tot een redenering.²⁰ Zoals Zaltman het samenvat:

14 Tiemeijer & Thomas 2009, p. 13.

15 Van Dijk & Zeelenberg 2009, p. 27.

16 Jacoby 2000; Brafman & Brafman 2008; Ariely 2008. De neuro-economie, het vakgebied dat vanuit de economie, neurowetenschappen en psychologie tracht het gedrag van de consument beter te begrijpen, gaat ervan uit dat bepaalde neuronen in de hersenen informatie verzamelen en opslaan waardoor het (beslissings)gedrag kan worden bepaald. Zie: Shadlen & Newsome 2001, p. 1916-1936. De onderzoeken, waarbij onder meer apen werden gebruikt, bepleiten niet alleen dat psychologische en neurologische factoren een belangrijke rol spelen bij beslissingen, maar dat ook de evolutie een groot effect kan hebben op ons gedrag. Zie: Klucharev & Smidts 2009, p. 214-216; Shadlen & Newsome 2001, p. 1931 e.v. Sociobiologen stellen dat biologische mechanismen kunnen helpen om de basisbeginselen van het recht beter te begrijpen. Zo zijn straffen een reflectie van onze emoties en dus van onze biologische mechanismen. Onze feitelijke biologische geestestoestand is een reflectie van normatieve waarderings. Zie: Gommer 2011, p. 6 e.v.

17 Camerer e.a. 2003, p. 1214-1216.

18 Jolls, Susteijn & Thaler 2000, p. 14.

19 Tversky & Kahneman 1982, p. 178.

20 Postma 2007, p. 236.

*“Decisions “happen” before they are seemingly “made”.”*²¹

Een van de aspecten van beslissingen die niet bewust of weloverwogen zijn genomen, is een verminderde waarneming van de risico's.²² Bepaalde overtuigende verkoop- of marketingtechnieken kunnen ervoor zorgen dat de potentiële koper, onder invloed hiervan, nalaat een weloverwogen keuze te maken en de risico's niet goed inschat. Dit leidt er vaak toe dat de consument, wanneer het besef terugkomt, niet tevreden is met zijn beslissing.²³ Behalve beïnvloeding van de verkopende partij kunnen ook emoties van het moment en angst dat het onroerend goed wordt verkocht aan een andere partij, meespelen bij de keuze en de rationele overwegingen overstemmen.²⁴

Consumenten hebben bij beslissingen die niet vanuit rationele overwegingen zijn gemaakt, bescherming nodig. Bij de koop van een woning is aldus bescherming geboden, met name vanwege de ingrijpende gevolgen van een dergelijke aankoop voor een particuliere koper.

In de volgende paragrafen worden aan de hand van verschillende disciplines de mogelijke beschermingsmechanismen getoetst op hun effectiviteit.

3 DE INFORMATIEPLICHT GETOETST

3.1 *Informatieplicht als juridisch instrument*

Hoewel het beschikken over volledige informatie bij een transactie zoals de aankoop van een woning, slechts in een uiterst theoretisch geval bestaat, lijkt het belangrijk zo dicht mogelijk tegen die grens van volledigheid aan te komen.²⁵ Van informatietekorten of asymmetrische informatie bij de koop van een woning is sprake wanneer één of beide partijen op de hoogte zijn van bepaalde, (ook) voor de ander belangrijke informatie, maar er geen behoefte wordt gevoeld om deze informatie met de andere partij te delen.²⁶ De koper is voor wat betreft de informatie omtrent de te kopen woning veelal aangewezen op de informatieverschaffing door de verkoper. Een woning laat zich immers bij uitstek kennen door gebruik, nu het kenmerken van een zogenoemd ervaringsgoed vertoont.²⁷ Bij een

21 Zaltman 2003, p. 55.

22 Rekaiti & Van den Berg 2000, 376.

23 Eisenberg 1982, p. 773-775; Rekaiti & Van den Berg 2000, 377.

24 Valk 2004, p. 91.

25 Rekaiti & Van den Berg 2000, p. 379.

26 Ulen 2001, p. 99.

27 Rechtseconomische studies inzake remedies voor informatietekorten maken onderscheid tussen zoekgoederen, ervaringsgoederen en vertrouwensgoederen. *Zoekgoederen* zijn goederen waarvan de eigenschappen kunnen worden vastgesteld vóór de aankoop en het gebruik ervan (zoals de stijl van een jurk). De eigenschappen

tekort aan te ontvangen informatie is het dan ook voor de koper praktisch onmogelijk om de kwaliteit van het goed te beoordelen.

Een strikt vastgelegde informatieverplichting is met name te vinden in het Belgische recht. In de verschillende fasen van de koopovereenkomst van een onroerend goed heeft de Belgische wetgever informatieververschaffing verplicht gesteld. Zowel in de precontractuele fase van de koopovereenkomst als ten tijde van het opstellen van de onderhandse akte is de verkoper verplicht tot het indienen van verscheidene documenten en verklaringen.²⁸

In Frankrijk hebben de informatieverplichtingen een aanvullend karakter. Zij beschermen de koper naast de bedenktijd van zeven dagen. De bij uitstek meest belangrijke verplichting voor de verkoper is het overleggen van het *dossier de diagnostic technique*, het technisch rapport.²⁹

Bijzondere, gecodificeerde informatieplichten rondom de koop van een woning zoals in het Belgische en Franse recht, kennen we in Nederland niet. Wel liggen in het contractenrecht algemene verplichtingen besloten, die tevens van toepassing zijn op koopovereenkomsten ter zake van onroerende goederen. Deze mededelings- en onderzoeksplichten vloeien voort uit de algemene contractenrechtelijke leerstukken, zoals uitleg, (non-)conformiteit, dwaling en bedrog; ze werken vaak ten gunste van de kopende partij.³⁰

3.2 *Rechtseconomische en gedragswetenschappelijke reflectie*

In de rechtseconomische literatuur wordt gesteld dat consumentenbeschermende overheidsinterventie door middel van informatieverplichtingen pas moet worden ingezet, indien en voor zover het tekort aan informatie een aantoonbaar substantieel nadeel met zich brengt voor de consument.³¹ Nu een onroerend goed een complexe zaak is en de koop van een woning voor een particulier een ingrijpende en meer dan eens eenmalige transactie betreft, kan overheidsoptreden in de vorm van wettelijk vastgestelde informatieverplichtingen op zich worden gerechtvaardigd.³² Op grond van het subsidiariteitsbeginsel kan bovendien worden bepleit dat een informatieplicht een passend middel is; aldus is het streven er immers op gericht om op een minst ingrijpende manier het beoogde doel te

van *ervaringsgoederen* kunnen enkel worden vastgesteld door het gebruik ervan (denk bijvoorbeeld aan de reinigingskracht van een wasproduct). De eigenschappen van *vertrouwensgoederen*, ten slotte, kunnen slechts worden ontdekt na een relatief lange periode van gebruik of zelfs helemaal niet, dan wel uitsluitend met behulp van zeer technische standaarden (een voorbeeld biedt isolatie door middel van asbest, een middel waarvan inmiddels is gebleken dat het gezondheidsrisico's meebrengt op de lange termijn). Zie hiervoor ook: Voet & Keirse 2011, p. 73.

28 Zie hierover uitgebreid: Voet & Keirse 2011, p. 29 e.v.

29 Voet & Keirse 2011, p. 66.

30 Over de balans tussen de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht (veelal weegt de mededelingsplicht het zwaarst): Voet & Keirse 2011, p. 21-22.

31 Beales, Craswell & Salop 1981, p. 512.

32 Zie nader: Voet & Keirse 2011, p. 73.

bereiken.³³ De verkoper wordt verplicht relevante informatie te verstrekken aan de koper, die vervolgens op zijn beurt de vrijheid heeft om de aangeboden informatie te laten meewegen in zijn beslissing. Vanuit de invalshoek van de rationele keuzetheorie zou een geïnformeerde koper een weloverwogen keuze maken.³⁴

In het voorgaande is echter reeds gesteld dat de rationele-keuzetheorie niet altijd stand houdt; (onbewuste) interne en externe factoren spelen een rol bij het maken van keuzes. Als het gaat om het verwerken van een bepaalde hoeveelheid informatie is onze capaciteit vrij beperkt. Zo beschrijft Prast de informatieverwerking onder de zevende wet van de emotie-economie. Zij stelt:

*‘Mensen filteren informatie op een asymmetrische manier. Ze horen graag informatie die bevestigt wat ze toch al denken, en sluiten hun ogen voor informatie die indruist tegen hun opinie.’*³⁵

Prast concludeert dat wanneer informatie niet op waarde wordt geschat, dit kan leiden tot ondoordachte keuzes. Bij de aankoop van een woning is de informatie bovendien in de regel complex en betreft het veelal ook technische materie. Een informatieverplichting is derhalve in mindere mate effectief.³⁶

Gedeeltelijk samenhangend met de beperkte capaciteit van informatieverwerking is de zogenoemde *information overload*. Wanneer te veel informatie aan de consument wordt gepresenteerd, zal dit een ongunstig effect hebben op de beslissing.³⁷ Consumenten zoeken, bij een teveel aan informatie naar een eenvoudige manier van beslissen. Hierdoor wordt niet alle (belangrijke) informatie meegewogen en zal een optimaal eindresultaat uitblijven.³⁸ Hoewel wel wordt bepleit dat een eenvoudige en snelle manier van keuzes maken efficiënter en beter is, zal dit niet opgaan voor de aankoop van een onroerend goed; een dergelijk betoog zal met name opgaan voor kleine(re) aankopen.³⁹

Dat meer informatie niet per definitie leidt tot een betere beslissing illustreert de zogenoemde test van Baron. In dit voorbeeld moet u zich indenken dat u arts bent en een beslissing moet nemen over een behandeling van uw patiënt. De symptomen van de patiënt wijzen erop dat met 80% zekerheid de diagnose *globoma* kan worden gesteld. Als de patiënt geen *globoma* heeft, zijn er twee andere mogelijkheden: de patiënt lijdt aan *popitis* of *flape-*

33 Beales, Craswell & Salop 1981, p. 513; Terry 2008, p. 33.

34 Tiemeijer & Thomas 2009, p. 11.

35 Prast 2005, p. 19. Het gaat hier om de *confirmation bias*, waarover ook Enneking at al. in deze bundel.

36 Ramsey 2007, p. 122.

37 Jacoby 1977, p. 569-573; Jacoby, Speller & Kohn 1974, p. 63-69; Keller & Staelin 1987, p. 200-213; Van Boom, Giesen & Verheij 2008, p. 19 e.v.

38 Bettman, Johnson & Payne 1991, p. 57.

39 Bettman, Johnson & Payne 1991, p. 67.

mia. Voor elke ziekte is een bepaalde behandeling vereist die niet zal werken bij de overige ziektes. Als arts kunt u een (kostbare) ET-scan laten maken. Als de patiënt *popitis* heeft, leidt dit tot een positief resultaat van de ET-scan. Heeft de patiënt *flapemia*, dan is de uitslag negatief. Als de patiënt *globoma* heeft bestaat er evenveel kans op een positieve als op een negatieve uitslag.

Zou u de ET-scan uitvoeren? Waarschijnlijk wel. De meerderheid van de proefpersonen gaf aan dat ze de ET-scan wilde uitvoeren. De test zal echter niets veranderen aan de beslissing. De vraag die voorligt, is welke behandeling geboden is. Nu de kans op *globoma* zo groot (80%) is, dat het zeer waarschijnlijk is dat de patiënt die ziekte heeft, is de aangewezen behandeling derhalve de behandeling voor *globoma*, onafhankelijk van de uitslag van de ET-scan. De positieve of negatieve uitslag van de ET-scan geeft niet meer zekerheid dan die er was voordat de scan werd uitgevoerd.⁴⁰

Een informatieverplichting is dus op zichzelf zinvol, indien consumenten zouden weten hoe ze de informatie op waarde moeten schatten en welke conclusies zij daaruit kunnen afleiden. Echter, daar consumenten informatie op een asymmetrische manier filteren en een teveel aan informatie bovendien juist een tegengesteld effect kan hebben, kan worden gesteld dat een informatieverplichting als beschermingsinstrument bij de koop van een woning niet in voldoende mate het beoogde effect heeft.

4 DE BEDENKTIJD GEWOGEN

Het huidige Nederlandse en Franse recht kent de koper van een onroerend goed een wettelijke bedenktijd toe; een afkoelingsperiode waarbinnen de consument het recht heeft om zich te onttrekken aan de overeenkomst zonder enige rechtsgevolgen.⁴¹ In het Franse recht wordt een bedenktijd van zeven dagen toegekend aan de niet-professionele koper van onroerend goed. Binnen deze periode kan worden teruggekomen op de gesloten overeenkomst.⁴² In Nederland is de particuliere koper van een woning een bedenktijd van drie dagen toegekend. Bij de bepaling van de lengte daarvan is ook het belang van de verkoper meegewogen.⁴³ De bedenktijd beoogt in de eerste plaats te verzekeren dat er gelegenheid is tot het inschakelen van een deskundige. Dit was althans voor de Nederlandse wetgever het belangrijkste argument om over te gaan tot invoering van de bedenktijd.⁴⁴ Een tweede argument voor de invoering van de bedenktijd als bescherming is de mogelijkheid tot

⁴⁰ Baron 2000, p. 167-169.

⁴¹ Rekaiti & Van den Berg 2000, p. 371.

⁴² Voet & Keirse 2011, p. 59 e.v.

⁴³ Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4; Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 14.

⁴⁴ Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4 (MvA II).

herstel van een ondoordachte irrationele beslissing; de bedenktijd zou een waarborg tegen overhaaste beslissingen moeten vormen.⁴⁵ In België is meerdere keren gepleit voor het invoeren van een wettelijke bedenktijd van acht dagen. Tot op heden hebben de wetsvoorstellen echter (nog) niet geleid tot een wetswijziging, mede als gevolg van de ontbinding van de Kamers.⁴⁶

Vanzelfsprekend zorgt een afkoelingsperiode ervoor dat impulsieve beslissingen kunnen worden heroverwogen en teruggedraaid.⁴⁷ Betoogd kan dan ook worden dat de bedenktijd daarmee aan dit aspect van de beoogde bescherming voldoet.⁴⁸ Hier staat echter tegenover dat de gewenste bescherming tegen het nemen van ondoordachte beslissingen reeds door middel van het minder vergaande schriftelijkheidsvereiste kan worden gerealiseerd.⁴⁹ Bovendien kleven aan de bedenktijdregeling ook substantiële nadelen. Zo kan het gebeuren dat misbruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om alsnog af te zien van de aankoop en zorgt een bedenktijd voor een vertraging van het verkoopproces, hetgeen onzekerheid aan de kant van de verkopende partij met zich brengt.⁵⁰ Het praktijkonderzoek dat in 2009 is uitgevoerd aan de hand van interviews en enquêtes onder notarissen, makelaars, verkopers en kopers in het kader van de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken,⁵¹ wijst uit dat op de Nederlandse woningmarkt af en toe daadwerkelijk van de bedenktijd gebruik wordt gemaakt.⁵² De problemen die daarbij worden ondervonden liggen voornamelijk op het emotionele vlak. Door alle betrokken partijen wordt het als erg vervelend ervaren als de zaak alsnog wordt afgeblazen. Waar kopers van hun bevoegdheid tot terugtrekking gebruikmaken, leidt dit tot boosheid, frustratie en teleurstelling. Genoemd is dat het leidt tot een onnodig duperen van de verkoper en een verspilling van tijd en moeite. De afgenomen interviews en enquêtes geven geen aanleiding om aan te nemen dat daarbij veelal sprake zou zijn van misbruik of lichtzinnige beslissingen door de kopers. Deze aanname wordt bevestigd als men de blik op de rechtspraak werpt; rechtspraak over de bedenktijd

45 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4; Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 17.

46 Wetsvoorstel betreffende de koop van onroerende goederen, Parl.St. Kamer 1992-93, nr. 822/1 en Wetsvoorstel betreffende de koop van onroerende goederen, Parl.St. Kamer 1995-96, nr. 187/1.

47 Zie hiervoor Keirse e.a. 2009. In het artikel van Luzak (in deze bundel) wordt hetzelfde gesteld. Een afkoelingsperiode zorgt ervoor dat impulsieve aankopen kunnen worden teruggedraaid. Een cruciaal verschil is echter dat internetaankopen inderdaad kunnen worden gekwalificeerd als impulsieve aankopen. De koop van een woning is dit echter niet. Bij de koop van een woning noopt het vormvereiste dan ook reeds tot bezinning, aangezien dat al een actieve handeling vereist.

48 Zie Camerer, Issacharoff, Loewenstein, O'Donoghue & Rabin 2003, p. 1217-1218; Keirse e.a. 2009.

49 Zie meer uitgebreid Keirse e.a. 2009.

50 Rekaiti & Van den Berg 2000, p. 381.

51 Deze wetsevaluatie is op verzoek van de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie en in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum uitgevoerd door de eerste auteur van deze bijdrage en andere onderzoekers van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Zie Keirse e.a. 2009.

52 Zie Keirse e.a. 2009, p. 279 e.v.

is namelijk zeer summier gebleken en ziet voornamelijk op de problematiek rondom de terhandstelling van de akte en daarmee op het aanvangstijdstip van de bedenktijd.⁵³

De wettelijke bedenktijd moet, zoals gezegd, naast het tegengaan of terugdraaien van irrationele beslissingen, ook de koper de gelegenheid bieden om extra informatie in te winnen of een deskundige in te schakelen.⁵⁴ Op die manier zou de consument een beter geïnformeerde keuze kunnen maken. De bedenktijd van drie dagen zoals wij die in Nederland kennen, is echter te beperkt om volledig geïnformeerd te raken. De informatie bij de aankoop van onroerend goed bevat vaak technische, complexe onderwerpen, waardoor – als we al de capaciteiten zouden hebben om de informatie juist te kunnen verwerken – er te weinig tijd is om alle informatie door te nemen of om deskundig advies in te winnen. Anderzijds zou een eventuele uitbreiding van de wettelijke bedenktijd een vertraging van de transactie met zich brengen. En de belangen van de, vaak particuliere, verkoper mogen evenmin uit het oog worden verloren. Een verlenging van de bedenktijd zou al snel een te lange periode van onzekerheid voor de verkoper met zich brengen.

Het beeld dat naar voren komt uit het empirisch onderzoek dat naar de bedenktijd is verricht in het kader van de voornoemde wetsevaluatie is dat er weinig positieve geluiden worden gehoord, ofschoon er evenmin grote problemen worden gesignaleerd.⁵⁵ Gevraagd naar de voor- en nadelen weten de notarissen, makelaars, kopers en verkopers vooral nadelen te noemen. Bovendien zijn de voordelen die in de interviews onder de spelers in het veld zijn genoemd, te relateren aan het vormvereiste en niet aan de bedenktijd zelf. Het is immers de invoering van het schriftelijkheidsvereiste (en niet de bedenktijd) dat duidelijkheid over het moment van totstandkomen van de overeenkomst brengt, alsook duidelijkheid over de consequenties van de koop en dat een groter bewustzijn bij de koper bewerkstelligt. Waar men zich voor de koop goed laat voorlichten, wordt de lengte van de bedenktijd afdoende bevonden, zo blijkt uit de enquêtes. Daarbij wordt evenwel terecht gesignaleerd dat het vormvereiste al de nodige ruimte biedt voor voorlichting, zodat de lengte van de bedenktijd op zich voldoende is, maar ook gemist kan worden.

5 DE TAXATIE

Met de informatieplicht of de bedenktijd is het optimale beschermingsinstrument niet gevonden. Deze constatering wordt ook onderschreven door de heftige discussies die reeds decennia worden gevoerd, in Nederland, België en Frankrijk, over de vraag welke voorzie-

⁵³ Zie Keirse e.a. 2009, p. 103 e.v.

⁵⁴ Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4 (MvA II).

⁵⁵ Keirse 2009, p. 327.

ningen ter bescherming van de koop van een woning geboden of wenselijk zijn en de diverse wettelijke initiatieven op dit terrein.⁵⁶

Mensen maken niet autonoom, bewust en vanuit rationele overwegingen beslissingen. Waar beoogd wordt de consument te beschermen tegen ongeïnformeerde beslissingen waarvan de gevolgen niet goed worden overzien, schieten (vergaande) informatieplichten of bedenktijden te kort. Mensen hebben een beperkte capaciteit om een grote hoeveelheid informatie te verwerken. Informatie bij de aankoop van onroerend goed is tevens technisch of anderszins erg complex. Een bedenktijd is ofwel te kort om een deskundige in te schakelen ofwel brengt voor een te lange periode van onzekerheid en onrust mee.⁵⁷ Erkenning van dit soort ervaringsfeiten biedt de mogelijkheid om daar op in te spelen door mensen de juiste handvatten te bieden. De conclusie die kan worden getrokken is dat advisering is geboden. Ben-Shahar en Schneider verwoorden het aldus:

‘When we abandon the unreal world of mandated disclosure and ask how people really make decisions, we see that they generally seek – and that the market often supplies – not data, but help, advice.’⁵⁸

Bij het maken van belangrijke beslissingen zoeken mensen bij vrienden en familie naar advies en informatie in de vorm van aanbevelingen, omdat het zien van tevredenheid bij anderen een goede maatstaf is voor het eigen welzijn.⁵⁹ Weliswaar brengt meer vrijheid meer welbehagen en neemt vrijheid toe naarmate er meer keuzes zijn, maar de gevolgtrekking die veel wordt gehoord, dat een toename van keuzemogelijkheden tot stijging van het welbehagen leidt, is niet juist. Barry Schwartz spreekt in dit verband van de *paradox of choice: more is less*.⁶⁰ Economen gaan ervan uit dat consumentenwelzijn voortkomt uit het vergroten van vrijheid, hetgeen weer zou resulteren uit het maximaliseren van keuzemogelijkheden. Echter, zo stelt Schwartz, een teveel aan keuze heeft juist een negatief effect op het consumentenwelzijn. Hoe meer opties aan mensen worden voorgelegd, hoe meer dit leidt tot verlamming. Te veel keuze leidt tot verkeerde beslissingen of passiviteit alsook tot ontevredenheid. Hoe meer keuze er is, hoe moeilijker het is te kiezen; hoe meer ook de perfecte keuze lonkt, maar hoe minder groot de voldoening is die wordt gevoeld nadat een keuze is gemaakt. Immers, hoe meer opties men heeft gehad, hoe groter de kans dat men achteraf denkt de verkeerde keuze te hebben gemaakt. En waar de opties tot een andere keuze talrijk waren, is het waarschijnlijk dat het de verkeerde keuze is die is gemaakt. Daarbij komt dat verwachtingen escaleren bij een toename van keuzemogelijkheden. Zo

⁵⁶ Zie daarover: Keirse & Voet 2012, p. 24-36.

⁵⁷ Zie ook de conclusies die getrokken zijn uit de Nederlandse Wetsevaluatie: Keirse e.a. 2009.

⁵⁸ Ben-Shahar & Schneider 2010, p. 64.

⁵⁹ Ben-Shahar & Schneider 2010, p. 64.

⁶⁰ Schwartz 2004.

zorgt de grote hoeveelheid aan keuzes ervoor dat, wanneer we uiteindelijk een keuze hebben kunnen maken, dit niet zorgt voor tevredenheid omdat het gekozene, dat een van de vele opties was, niet aan de verwachtingen voldoet.⁶¹

Het is derhalve zaak niet te veel keuzemogelijkheden te bieden. De juiste balans is die waarbij men voordeel kan halen uit keuzevrijheid zonder last te hebben van keuzeovervloed. Verhogend voor het welbehagen is het ook als een ander die men vertrouwt, de geboden vergelijking tussen de opties maakt en de juiste keuze aanreikt. Zoals Schwartz het omschrijft:

*'Everybody needs a fishbowl.'*⁶²

Een mogelijke en eenvoudige optie voor het vergroten van het consumentenwelzijn zou zijn het verkleinen van het keuzeaanbod en het simplificeren van de informatie.⁶³ Maar omdat bij de aankoop van een onroerend goed, vanwege de complexiteit en omvang van de overeenkomst, de hoeveelheid informatie niet zal kunnen worden gereduceerd of vereenvoudigd, kan professionele begeleiding een effectievere bescherming bieden. Een neutrale derde die de belangen van beide partijen op een evenwichtige manier kan behartigen, zorgt voor gerichte informatieverschaffing en kan de uitkomst bieden voor asymmetrische informatie. Deze derde kan op basis van gestructureerde relevante informatie advies geven over het aan te kopen onroerend goed, waardoor de koper, vanwege het relatief beperkte aanbod van informatie, niet zal worden verlamd.

6 TOT BESLUIT: PROFESSIONELE BEGELEIDING

Professionele begeleiding bij het koopproces lijkt aldus de aangewezen weg. Dit is de weg die op grote schaal in Amsterdam wordt gevolgd. Het is de enige plaats waar makelaars en notarissen gedurende het koopproces van een onroerend goed in de regel samenwerken. Particuliere kopers van een woning worden op advies van de makelaar vrijwel altijd doorverwezen naar een notaris voor het opmaken van de koopovereenkomst. De notaris dient de koper en verkoper te informeren over de reikwijdte en juridische complicaties van de door hen gewenste afspraken voordat deze afspraken in een schriftelijke overeenkomst worden neergelegd. De rol van de makelaar beperkt zich tot het bemiddelen tijdens

61 B. Schwartz, 'paradox of choice', juli 2005, TEDGlobal 2005 (bekeken augustus 2012) te vinden via: www.ted.com/talks/lang/en/barry_schwartz_on_the_paradox_of_choice.html; Schwartz 2004, p. 147 e.v.

62 B. Schwartz, 'paradox of choice', juli 2005, TEDGlobal 2005 (bekeken augustus 2012) te vinden via: www.ted.com/talks/lang/en/barry_schwartz_on_the_paradox_of_choice.html.

63 Ben-Shahar & Schneider 2010, p. 62.

de aankoop en adviseren over de bouwkundige staat van de woning. Dit Amsterdamse model is een vrijwillige praktijk – er ligt geen wettelijke regeling aan ten grondslag.

Weliswaar is een wettelijk verplicht gestelde notariële interventie in het stadium van het sluiten van de koopovereenkomst van een woning door velen bepleit,⁶⁴ maar dit is tot op heden niet ingevoerd. Onder de huidige wettelijke regeling in Nederland wordt de notaris pas na het sluiten van de koopovereenkomst ingeschakeld. Teneinde na de koop de gewenste levering en overdracht te bewerkstelligen is namelijk een aparte handeling nodig, die bij de koop van onroerend goed door een notaris wordt begeleid. De rol van de notaris is dus beperkt tot het goederenrechtelijke gedeelte van de transactie. Voor het Belgische en Franse recht is de rol van de notaris nog minder tijdig. In België en Frankrijk geldt immers geen traditio oftewel dualistisch stelsel, zoals in Nederland, maar een consensueel oftewel monistisch stelsel, waarbij de eigendom in beginsel overgaat op de koper zodra de koopovereenkomst is gesloten.

Zoals hiervoor is beschreven, zijn kopers, met name als het gaat om veel en ingewikkelde informatie, vaak niet in staat de informatie goed te verwerken en aan de hand daarvan een goede en weloverwogen beslissing te nemen. De inschakeling van de notaris in een eerder stadium van de overeenkomst, zoals in de Amsterdamse praktijk, kan dit probleem wegnemen door gerichte informatie te verschaffen en een advies te geven over de juridische aspecten van de koop van een woning. Daarnaast kan de makelaar zich focussen op de bouwkundige aspecten en de bemiddeling over de prijs van het aan te kopen onroerend goed. Deze praktijk heeft zich, hoewel zij goed lijkt te functioneren, nog niet buiten de grenzen van Amsterdam laten zien. Daartoe bestaat onzes inziens evenwel aanleiding. De Amsterdamse praktijk wordt zowel door makelaars als notarissen als positief ervaren, terwijl ook de politiek zich hierover meermaals positief heeft uitgelaten. De betrokkenheid van de notaris in de obligatoire fase voorkomt volgens respondenten die in het kader van de voornoemde wetsevaluatie zijn bevraagd, dat belangrijke zaken over het hoofd worden gezien en dat onvolledige of onjuiste informatie in de koopovereenkomst wordt opgenomen.⁶⁵ De inbreng van de expertise van de onpartijdige notaris geschiedt dan in een fase dat dit bij uitstek zinvol is, namelijk op het moment dat de verbintenissen worden aange-

De voordelen van een verplichte notariële begeleiding zijn gelegen in de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en bekwaamheid van de notaris. De notaris kan adviseren bij de redactie van de te maken afspraken, hetgeen ongelukkig reparatiewerk in de leveringsakte kan voorkomen. Alsdan is de notaris in een eerder stadium op de hoogte van eventuele goede-

⁶⁴ Zie Keirse e.a. 2009, p. 140-149; Keirse & Voet 2012, p. 24-36.

⁶⁵ Keirse e.a. 2009, p. 332.

renrechtelijke gebreken, zodat deze kunnen worden meegenomen in de koopovereenkomst. Gezien het passeermonopolie ten aanzien van de leveringsakte komt de notaris sowieso in beeld; door een groot deel van het door hem te verrichten onderzoek eerder in het proces te laten plaatsvinden kan betere en zinnigere bijstand worden verleend. Maar bij uitstek het belangrijkste voordeel is de kennis en expertise van de notaris. Hij dient de informatie te verwerken in duidelijke en gerichte raad waardoor het probleem van *information overload* kan worden voorkomen. Voorts geldt dit voordeel van expertise voor beide partijen.

Uit het voorgaande volgt overigens ook dat de vrijheid die gelegen zou liggen in het optioneel houden van de inschakeling van de notaris in de obligatoire fase, zeer betrekkelijk is. Keuzevrijheid op een complex terrein leidt in de praktijk meer dan eens tot de ongewenste situatie dat geen keuze wordt gemaakt. Dit volgt bijvoorbeeld uit onderzoek naar pensioenparticipatie. Waar het aan de werknemer wordt overgelaten om te kiezen uit verschillende pensioenvoorzieningen door een opt-in regeling, resulteert dit in aanzienlijk minder participanten dan wanneer de werkgever de werknemers reeds inschrijft voor een bepaald pensioen en de werknemer enkel een opt-out mogelijkheid geeft.⁶⁶ Indien werknemers een opt-in keuze worden gelaten, laat menig werknemer na daadwerkelijk een keuze te maken, met als ongewenst gevolg dat voor menigeen in het geheel niet in een pensioen wordt voorzien. Bovendien brengt ook de branchebeschermende opstelling van de spelers in het veld mee dat het niet aanbevelenswaardig is om de keuze voor het inschakelen van een notaris in een eerder stadium over te laten aan partijen. Het onderzoek in het kader van de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken heeft uitgewezen dat particulieren buiten Amsterdam niet attent worden gemaakt op de mogelijkheid de koopovereenkomst door een notaris te laten opstellen.⁶⁷

7 SAMENVATTENDE CONCLUSIE

Hoewel de huidige juridische beschermingsinstrumenten bij de koop van een woning al meerdere jaren leiden tot hevige discussies, is er een duidelijk gezamenlijk streven; doel is het op de meest effectieve manier beschermen van de consument bij de koop van een woning. Multidimensionaal onderzoek brengt evenwel aan het licht dat de huidige instrumenten in deze doelstelling tekortschieten.

Een informatieverplichting is zinvol indien de consument de informatie op waarde kan schatten en weet welke conclusies kunnen worden getrokken uit de doorgenomen informatie. Een gemiddelde consument kan echter veelal de benodigde, grote hoeveelheid

⁶⁶ Sunstein & Thaler 2008, p. 109 e.v.

⁶⁷ Keirse e.a. 2009, p. 227.

complexe informatie niet goed op waarde schatten en neemt juist enkel die informatie aan die reeds bevestigt hetgeen hij of zij wilde horen.

De bedenktijd, een periode waarin, althans in theorie, de informatie kan worden doorgenomen, deskundig advies kan worden ingewonnen en irrationele beslissingen kunnen worden teruggedraaid, is evenmin de juiste oplossing gebleken. Zo is de bedenktijd van drie dagen in Nederland te kort voor het inwinnen van deskundig advies, maar zou tegelijkertijd een verlenging van de bedenktijd vertraging en ongewenste onzekerheid voor de verkopende partij met zich brengen.

Professionele begeleiding in de vorm van notariële interventie in een eerder stadium van het koopproces biedt naar onze mening effectief de beste bescherming. De consument hoeft op die manier niet meer bedolven te worden onder grote hoeveelheden informatie. De deskundige en ervaren notaris zal deze informatie al op de juiste manier verwerken in zijn begeleiding en in de op te stellen verbintenissen. Bij een goede deskundige begeleiding krijgt de particuliere koper de geboden informatie in de vorm van een duidelijk advies gepresenteerd, waarna gemakkelijker een goede afweging kan worden gemaakt.

Professionele begeleiding betekent niet dat geen inspanning meer kan worden vereist van de consument, maar biedt, daar waar nodig, het juiste handvat bij de koop van een groot en complex product, zoals een woning.

LITERATUUR

Ariely 2008

D. Ariely, *Predictably irrational, the hidden forces that shape our decisions*, London: HarperCollins Publishers 2008.

Baron 2000

J. Baron, *Thinking and deciding*, Cambridge: University Press 2000.

Beales, Craswell & Salop 1981

H. Beales, R. Craswell & S. Salop, 'The efficient regulation of consumer information', *Journal of Law and Economics* 1981, vol. 24, issue 3, p. 491-539.

Ben-Shahar & Schneider 2010

O. Ben-Shahar & C.E. Schneider, 'The Failure of Mandated Disclosure', The University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Research Paper No. 516. Beschikbaar op: www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html.

Bettman, Johnson & Payne 1991

J.R. Bettman, E.J. Johnson & J.W. Payne, 'Consumer decision making', in: T.S. Robertson & H.H. Kassarian, *Handbook of consumer behavior*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall 1991, p. 50-84.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, 'Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 19-48.

Brafman & Brafman 2008

O. Brafman & R. Brafman, *Sway: The Irresistible Pull of Irrational Behavior*, New York: Doubleday 2008.

Camerer e.a. 2003

C. Camerer, S. Issacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue & M. Rabin, 'Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for "asymmetric" paternalism', *University of Pennsylvania Law Review* 2003, vol. 151, issue 3, p. 1211-1255.

Van Dijk & Zeelenberg 2009

E. van Dijk & M. Zeelenberg, 'De (ir)rationaliteit van de beslisser', in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser, over de psychologie en keuze van gedrag*, WRR rapport, Amsterdam: University Press 2009, p. 25-46.

Eisenberg 1982

M.A. Eisenberg, 'The bargain principle and its limits', *Harvard Law Review* 1982, vol. 95, issue 4, p. 741-801.

Gommer 2011

H. Gommer, 'Law as a Reflection of Emotion and Human Nature, paper Open Universiteit 2011; A comprehensive version of H. Gommer, *A biological theory of law*, Chapter 7, p. 131-159, Seattle: Amazon 2011.

Jacoby, Speller & Kohn 1974

J. Jacoby, D.E. Speller & C.A. Kohn, 'Brand choice behavior as a function of information load', *Journal of Marketing Research* 1974, vol. 11, nr. 1, p. 63-69.

Jacoby 1977

J. Jacoby, 'Information Load and Decision Quality: Some Contested Issues', *Journal of Marketing Research* 1977, vol. 14, nr. 4, p. 569-573.

Jacoby 2000

J. Jacoby, 'Is it rational to assume consumer rationality? Some consumer psychological perspectives on rational choice theory', Working Paper #CLB-00-009, New York University 2000. Vindplaats: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=239538.

Jolls, Sunstein & Thaler 2000

C. Jolls, C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'A behavioral approach to law and economics': in C.R. Sunstein, '*Behavioral Law & Economics*', Cambridge: University Press 2000, p. 13-58.

Kaplow & Shavell 2001

L. Kaplow & S. Shavell, 'Fairness versus welfare', *Harvard Law Review* 2001, vol. 114, nr. 4, p. 961-1388.

Keirse e.a. 2009

A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.J.M. Barendse & A.M. Steegmans, *Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: BJu 2009.

Keirse & Schaub 2012

A.L.M. Keirse & M.Y. Schaub, 'Vormvoorschrift bij de particuliere koop van een woning opgehelderd: De mondelinge koop van een woning tussen particulieren blijft zonder rechtsgevolg', *Contracteren* 2012-1, p. 3-10.

Keirse & Voet 2012

A.L.M. Keirse & L. Voet, 'Koop van onroerend goed in Nederland, Frankrijk en België. Nood aan professionele begeleiding', *Tijdschrift voor Notarissen* 2012, p. 24-36.

Keller & Staelin 1987

K.L. Keller & R. Staelin, 'Effects of Quality and Quantity of Information on Decision Effectiveness', *Journal of Consumer Research* 1987, vol. 14, nr. 2, p. 200-213.

Klucharev & Smidts 2009

V. Klucharev & A. Smidts, 'Zit irrationaliteit in de aard van de mens? De neurobiologie van besluitvorming', in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser, over de psychologie en keuze van gedrag*, WRR rapport, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 213-238.

Postma 2007

P. Postma, *Handboek direct marketing 2.0*, Amsterdam: Kluwer 2007.

Prast 2005

H.M. Prast, 'Emotie-economie, de mythe van de persoonlijke financiën', *Tijdschrift voor Politieke economie*, 2005, jaargang 27(2), p. 4-24.

Ramsey 2007

I. Ramsey, *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Oxford: Hart Publishing 2007.

Rekaiti & Van den Berg 2000

P. Rekaiti & R. van den Berg, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach', *Journal of Consumer Policy* 2000, vol. 23, issue 4, p. 371-408.

Shadlen & Newsome 2001

M.N. Shadlen & W.T. Newsome, 'Neural Basis of a Perceptual Decision in the Parietal Cortex (Area LIP) of the Rhesus Monkey', *Journal of neurophysiology* 2001, vol. 86, no. 4, p. 1916-1936.

Schwartz 2004

B. Schwartz, *The Paradox of Choice: Why More Is Less*, New York: Harper Collins 2004.

Terryn 2008

E. Terryn, *Bedenk tijden in het consumentenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008.

Thaler & Sunstein 2008

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, 'Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness', Yale: University Press 2008.

Tiemeijer & Thomas 2009

W.L. Tiemeijer & C.A. Thomas, 'Inleiding', in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser, over de psychologie en keuze van gedrag*, WRR rapport, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 11-21.

Tversky & Kahneman 1982

A. Tversky & D. Kahneman, 'Availability: a heuristic for judging frequency and probability', in D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge: University Press 1982, p. 3-22.

Ulen 2001

T. Ulen, 'Information in the Market Economy – Cognitive Errors and Legal Correctives', in: S. Grundmann, W. Kerber & S. Weatherill (eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin: Walter de Gruyter 2001, p. 98-130.

Valk 2004

W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?', in: Jac. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd. Preadviezen 2004 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 87-142.

Verhage 2004

B.J. Verhage, *Grondslagen van de marketing*, Groningen: Stenfert Kroese 2004.

Voet & Keirse 2011

L. Voet & A.L.M. Keirse, 'Hoe de koop van een woning te reguleren; zeker weten?!', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2011-2, p. 181-275.

Weterings 2007

W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: BJu 2007.

Weterings 2012

W.C.T. Weterings, 'De rechtseconomische benadering van het contractenrecht', *Contracten* 2012, nr. 3, p. 111-126.

Willis 2006

L.E. Willis, 'Decisionmaking and the Limits of Disclosure: The Problem of Predatory Lending: Pricing', *Maryland Law Review* 2006, vol. 65, issue 3, p. 707- 834.

Zaltman 2003

G. Zaltman, *How customers think: essential insights into the mind of the market*, Boston: Harvard Business School Press 2003.

24 BANKEN EN ONDERNEMINGEN IN TIJDEN VAN CRISIS

Onbedoelde gedragseffecten in de contractuele relatie? Een eerste empirische verkenning¹

J.A.A. Adriaanse, G. Stigter en J.I. van der Rest

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de contractuele relatie tussen banken en MKB-ondernemingen. Bij het aangaan van een kredietrelatie worden afspraken gemaakt hoe partijen zich tegenover elkaar dienen te gedragen, bijvoorbeeld ten aanzien van rentebetalingen en aflossingen, maar ook ten aanzien van informatie-uitwisseling. Dit alles gebaseerd op uitgangspunten als wederzijds vertrouwen, transparantie en onderlinge samenwerking. Wanneer de financiële positie van de onderneming echter onder druk komt te staan, blijkt uit de insolventiepraktijk dat er scheuren in de relatie kunnen ontstaan, en dat partijen het gezamenlijke belang vaak secundair maken aan hun eigen belang. Dit alles uit angst om verhoogde risico's te lopen, namelijk kredietopzegging (en daarmee wellicht faillissement) of, vanuit het perspectief van de bank, de kans op non-betaling (default) op de uitstaande lening. Door middel van een verkennend statistisch onderzoek op basis van een enquête is gezocht naar antwoord op de vraag of deze (ongewenste) gedragseffecten inderdaad bestaan. Geconcludeerd kan worden dat de assumpties over de te verwachten ongewenste gedragseffecten niet door het onderzoek worden ondersteund. Ondernemers geven aan dat ze banken tijdig en correct informeren over de situatie in hun bedrijf, ongeacht de bedrijfsresultaten. Ze missen wel helderheid bij de bank en waarden de relatie niet hoog. Ondernemers hebben niet het gevoel dat banken 'partner in business' zijn. We zien tevens een verslechtering in de onderlinge relatie in tijden van crisis. Met andere woorden, ondanks dat de contractverplichtingen in de praktijk dus lijken te resulteren in voldoende transparantie en informatie-uitwisseling, geeft het onderzoek ook aanleiding te twijfelen over de positieve doorwerking van een contract op de kredietrelatie, het wederzijdse vertrouwen en de onderlinge samenwerking tussen ondernemer en bank. De invoering van een aanvullende gedragscode zou in onze

1 Dit onderzoek bouwt voort op eerder werk. Enkele onderdelen van deze bijdrage zijn afzonderlijk en in een andere context gepubliceerd onder de naam Adriaanse e.a. 2004 (WODC-rapport), Adriaanse & Kuijl 2004 en Adriaanse 2005. De primaire data is in 2013 verzameld en is op verzoek beschikbaar.

ogen een deel van de knelpunten kunnen wegnemen, waarbij het Statement of Principles van de British Bankers' Association een goed startpunt zou kunnen zijn.

1 INLEIDING

*'(...) It is in the interest of both the bank and the customer to address concerns as soon as possible and agree a way forward (...)'*²

De contractuele relatie van banken en MKB-ondernemingen is in grote mate gebaseerd op wederzijds onderling vertrouwen. Immers, al dan niet in ruil voor onderpand stelt de bank door haar aangetrokken gelden ter beschikking van de onderneming, om te investeren en (vooruit) te financieren. Kredietverlening – het woord krediet is letterlijk afkomstig van het Latijnse woord *credere* dat 'toevertrouwen' betekent – vergt dan ook van beide partijen een bijzondere 'zorgplicht'. Letterlijke bepalingen daarvan zijn te vinden in de Algemene Bankvoorwaarden³ zoals opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken en (al dan niet gewijzigd) toegepast door haar leden. Een belangrijke bepaling in deze context is de plicht van kredietnemers om banken onverwijld op de hoogte te brengen van

*'alle feiten en omstandigheden (daaronder mede begrepen feiten en omstandigheden betreffende zijn financiële positie (...) en ontwikkelingen in de bedrijfsvoering die daarop een belangrijke invloed kunnen) die geleid hebben tot een verzuim uit hoofde van de kredietdocumentatie of waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat die kunnen leiden tot een dergelijk verzuim'.*⁴

Met andere woorden, indien de kredietnemer problemen voorziet, dan is hij contractueel verplicht en daarmee geacht hier melding van te maken. Dit is een eerste gedragsassumptie in de contractuele relatie tussen de bank en de onderneming. Een tweede is de beoogde reactie van de bank. Deze vloeit mede voort uit haar zorgplicht en de redelijkheid en billijkheid, en veronderstelt dat de bank in dialoog gaat met de ondernemer opdat samen naar een oplossing wordt gewerkt. Impliciet is de aanname hierbij dat hoe eerder 'aan de bel wordt getrokken', des te groter de mogelijkheden zijn om er samen uit te komen. In andere woorden, de reden waarom 'verzuim' voorzienbaar is, ligt veelal in de verslechterende operationele gang van zaken van de onderneming. De onderneming is in zwaar weer

2 British Bankers' Association 2009, p. 4.

3 Zie onder andere Algemene Bankvoorwaarden 2009, Nederlandse Vereniging van Banken, te vinden op www.nvb.nl.

4 Overgenomen uit Algemene Bepalingen voor Kredietverlening door ABN AMRO (voor zakelijke klanten), november 2011. Deze bepalingen zijn met zoveel woorden ook terug te vinden in kredietbepalingen van andere banken.

of voelt een eerste forse tegenwind, en als gevolg daarvan staan de resultaten onder druk of wordt voorzien dat de resultaten en daarmee de kasstroom onder druk komen te staan. Door de verslechterde gang van zaken vroeg te melden ('wijziging in de financiële positie en [negatieve] ontwikkelingen in de bedrijfsvoering') bestaat de mogelijkheid om gezamenlijk naar oplossingen te zoeken, niet alleen in de kredietrelatie, maar ook ten aanzien van de bedrijfsvoering.

Contractueel wordt met het vorenstaande beoogd dat risico's zowel bij banken als haar kredietnemers zo spoedig mogelijk worden geïdentificeerd, en dat hiermee de grootste kans aanwezig is dat de (oorspronkelijk) beoogde contractuele afspraken – in termen van rente, aflossing, looptijd, risico's – worden nagekomen. Echter, zijn onderhavige gedragsaannames terecht en worden contractuele doelen ook daadwerkelijk bereikt? Brengen ondernemers banken onverwijld op de hoogte van 'wijzigingen in de financiële positie en [negatieve] ontwikkelingen in de bedrijfsvoering'? Of zijn er redenen om dat juist niet te doen, bijvoorbeeld in tijden van crisis?

In deze bijdrage onderzoeken we deze vragen aan de hand van een in 2013 gehouden empirische verkenning onder MKB-ondernemers en bankiers. De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 2 wordt allereerst nader ingegaan op de kredietrelatie tussen ondernemingen en banken, in het bijzonder gericht op ondernemingen in zwaar weer. Vervolgens (par. 3) behandelen we een aantal hypotheses over deze relatie en verwoorden we de onderzoeksmethoden. In paragraaf 4 worden de resultaten gepresenteerd en in paragraaf 5 volgen conclusies en implicaties voor de praktijk.

2 KREDIETVERLENING AAN ONDERNEMINGEN IN ZWAAR WEER

Banken spelen een belangrijke rol in de financiering van ondernemingen. Met name in het MKB nemen banken daarbij veelal de positie in van 'huisbank'. Dit houdt in dat de kredietverlening zich niet alleen beperkt tot het verschaffen van hypothecaire leningen, maar ook tot rekening-courantkrediet en overige dienstverlening (factoring, leasing en verzekering). Door deze positie ontstaat een relatie van langdurige samenwerking en (in zekere zin) wederzijdse afhankelijkheid. Dit uit zich onder andere door regelmatige (financiële) informatievoorziening van de onderneming naar de bank.

Het bancaire kredietbedrijf is nadrukkelijk gericht op het verlenen van risicomijdend kapitaal. Dit heeft tot gevolg dat bij verhoogde risico's met betrekking tot een onderneming (lees: bij een verslechterde financiële situatie) in eerste instantie de onderneming zelf (door middel van interne financiering) dan wel haar aandeelhouders (eigenaren) moeten voorzien

in de benodigde liquiditeitsbehoefte. Op deze wijze zullen de balansverhoudingen ook niet (verder) verslechteren. Het uitgangspunt van bancaire krediet is immers dat alleen rente zal worden ontvangen op de verstrekte leningen, alsmede terugbetaling van de hoofdsom; dat maakt het risicomijdend. Verschaffers van risicodragend kapitaal ontvangen een fluctuerende vergoeding, maar hebben tevens recht op de waardevermeerdering van de onderneming (*up-side potential*). Als gevolg hiervan dienen risico's (waardevermindering) ook door hen te worden gedragen. Ondanks het feit dat banken risicomijdend kapitaal verschaffen, worden in het belang van reorganisaties van ondernemingen geregeld echter hogere risico's genomen.

Op het moment dat een onderneming in financiële moeilijkheden is of dreigt te geraken, wordt de onderneming veelal onder de zogenoemde afdeling 'Bijzonder Beheer' geplaatst.⁵ Deze afdeling, bij de meeste Nederlandse banken eind jaren zeventig opgericht, is belast met het behandelen van probleemkredieten. De focus van de bank ligt hierbij in beginsel op het veiligstellen van verleende kredieten, maar feitelijk betreft het begeleiding en monitoring van de onderneming bij het herstructureren en revitaliseren.⁶ Als de onderneming weer gezond is, zijn de kredieten immers 'veilig'. De begeleiding is gericht op het zo snel mogelijk doorvoeren van een reorganisatie door de onderneming, waarbij de ernst van de situatie bepalend zal zijn voor de te nemen maatregelen (herstructurering van bedrijfsactiviteiten middels een 'turnaround' en/of financiële herstructurering). Formeel is de rol van de bank daarbij adviserend, materieel is deze rol echter verstrekkender. De huisbank kan immers als ultieme sanctie het krediet opzeggen, waarbij het vervolgens de vraag is of op korte termijn vervangende financiering kan worden gevonden, met de kans op faillissement als gevolg. Het 'meedenken' van de bank wordt door het management van een onderneming dan ook niet bij voorbaat altijd als positief ervaren.

Banken claimen dat grofweg driekwart van de ondernemingen die door hen in een reorganisatie worden begeleid niet in faillissement terechtkomen, en derhalve succesvol worden gereorganiseerd. Van Amsterdam stelt dit percentage bij naar tussen 48% en 61%.⁷ Hoewel over de exacte hoogte van de succespercentages kan worden getwist, lijkt het (op basis van de literatuur⁸) gerechtvaardigd te stellen dat banken een positieve bijdrage leveren aan (buitengerechtelijke) saneringen van bedrijven in zwaar weer. Juist de mogelijke dreiging

5 De term Bijzonder Beheer is een generieke term in het spraakgebruik, in de praktijk gebruiken banken (ook) benamingen als 'financial restructuring', 'intensive care', 'special operations' e.d.

6 Zie onder andere Armour e.a. 2002, p. 8.

7 Er is voor zover wij weten geen recent onderzoek voor handen inzake de succespercentages. We verwijzen daarom naar Franken 2002, p. 338 en Visser 1999, p. 112-115 en Van Amsterdam 2003, p. 85 e.v. Van Amsterdam gebruikt de definitie 'succes voor de maatschappij' waaronder wordt verstaan dat 'de onderneming grotendeels blijft bestaan en een zinvolle bijdrage levert aan de economische ontwikkeling'.

8 Zie ook Couwenberg & De Jong 2005.

met kredietopzegging, waardoor faillissement zou kunnen volgen, blijkt een positief presiemiddel ('stok-achter-de-deur') om het management van een onderneming aan te zetten daadwerkelijk maatregelen te treffen om de onderneming te redden.

Ook in het WODC-onderzoek 'Informeel reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement'⁹ werd in 2004 (mede door een van de schrijvers van deze bijdrage) geconcludeerd dat niet aantoonbaar is dat banken een negatieve rol hebben in reorganisaties. Sterker, uit de casestudies kwam naar voren dat banken een belangrijke rol spelen in het vroegtijdig signaleren van financiële problemen en dat zij structureel aandringen op reorganisatiemaatregelen. Hoewel veelal ingegeven door 'verlicht en welbegrepen' eigen belang (risico op non-betaling indammen, alsmede toekomstige omzet veiligstellen) bleek dat banken vaak bereid zijn ondernemingen in zwaar weer in hun reorganisatie ter zijde te staan. Daarnaast werd geconcludeerd dat in de praktijk veelvuldig vrijwillig wordt doorgefinancierd, ondanks legio juridische mogelijkheden om hiermee te stoppen. Het aspect van vertrouwen bleek hierbij van groot belang. Wanneer sprake is van open communicatie (transparantie) vanuit het management met betrekking tot de ontstane situatie, bestaan er veel mogelijkheden. Het schaden van vertrouwen/gemaakte afspraken is echter funest en kan leiden tot (snellere) kredietopzegging, zo kwam uit het onderzoek naar voren.

Ondanks de hiervoor beschreven positieve rol van banken bleken veel van de destijds geënquêteerden en geïnterviewden (bedrijfsadviseurs, *credit managers* en accountants) een negatieve opvatting te hebben over banken. De kritiek op de rol van banken leek daarbij terug te voeren op drie onderwerpen:

- de mogelijkheid om het krediet op te zeggen en daarmee de onderneming stil te leggen (het afwegingsproces om dit te doen blijkt daarbij niet altijd transparant);
- de weigering in voorkomende gevallen om additionele (risicomijdende) financiering aan de onderneming ter beschikking te stellen om door het zware weer heen te komen;
- een (vermeende) informatievoorsprong ten opzichte van andere crediteuren, waardoor zij op tijd hen 'conveniërende' maatregelen kunnen nemen. Bijvoorbeeld het bedingen van (aanvullende) zekerheden, het forceren van bepaalde reorganisatiemaatregelen, alsmede het toepassen van een zogenoemde 'verhuurconstructie'.

Met name de mogelijkheid tot kredietopzegging ('de stekker eruit trekken') en de weigering, in voorkomende gevallen, tot terbeschikkingstelling van additioneel krediet spelen een belangrijke rol. Banken stelden destijds, en stellen zich thans nog steeds, op het standpunt dat zij als verschaffers van risicomijdend kapitaal in principe geen extra risico's kunnen

9 Adriaanse e.a. 2004.

lopen in situaties van financiële moeilijkheden en dat ze derhalve zeer zorgvuldig zijn in de afweging om door te financieren (krediet niet op te zeggen) of additioneel krediet ter beschikking te stellen. Veel belanghebbenden zien de bank echter juist als organisatie bij uitstek om in situaties van nood liquiditeit ter beschikking te houden en nieuwe financiering ter beschikking te stellen. Daarnaast bestaat veelal de opvatting dat als gevolg van veel verstrekte zekerheden, de banken altijd beter af zijn dan concurrente crediteuren. Hieruit volgt dan impliciet een ‘morele’ plicht, althans dat lijkt de opvatting, om in geval van financiële moeilijkheden extra benodigde liquiditeit ter beschikking te stellen. Banken zien deze zekerheden echter als een noodzakelijk instrument om normale risico’s in te dammen. Daarnaast wijzen zij veelal op de lagere opbrengstwaarde van activa bij een mogelijke deconfiture. Het argument vervolgens dat banken altijd meer informatie hebben ten opzichte van concurrente crediteuren, wordt veelal door banken gepareerd met de stelling dat ‘eenieder zich kan vergewissen van de financiële situatie van een onderneming door zelf op onderzoek uit te gaan’.

De hiervoor genoemde verschillen in opvatting leiden in elk geval tot verschillen van mening en een (potentieel) gespannen relatie tussen de verschillende belanghebbenden, met name tussen de bank en de onderneming. Wie in welke gevallen gelijk heeft, is moeilijk, wellicht onmogelijk, te bepalen. Duidelijk is in ieder geval dat belanghebbenden veelal verschillende percepties hebben ten aanzien van de rol van de bank bij ondernemingen in financiële moeilijkheden. En voor dit onderzoek is de vraag: leiden deze percepties tot onbedoelde en ongewenste gedragingen in de relatie?

3 VERANTWOORDING VAN HET VERKENNENDE ONDERZOEK

In dit hoofdstuk delen we de resultaten van een verkennend onderzoek dat begin 2013 via een online survey is uitgevoerd. Doelstelling was om een beeld te krijgen van de (contractuele) relatie tussen de onderneming en de bank. Dit alles met name gefocust op de onderlinge verstandhouding (‘wederzijdse verwachtingen en percepties over elkaar’) evenals de vraag of onbedoeld en ongewenst gedrag ontstaat in tijden van crisis. Wanneer in deze bijdrage over ‘ondernemers’ wordt gesproken, dan worden respondenten bedoeld die namens een (MKB-)onderneming de enquête hebben ingevuld. Dit kunnen derhalve ook algemeen directeurs/topmanagers of financieel directeurs zijn. We sluiten dan ook aan bij een bredere (Angelsaksische) definitie van ondernemerschap en ondernemers, dat losstaat van de vraag wie (al dan niet volledig) eigenaar is. Wel is geselecteerd op de vraag of de respondent een actieve relatie met de huisbank onderhoudt.

3.1 *Hypotheses en conceptueel model*

In totaal zijn zeven verkennende nulhypotheses onderzocht om de hiervoor gestelde vragen te onderzoeken. De hypotheses zijn afgeleid van de literatuur op het gebied van kredietverlening aan ondernemingen in zwaar weer:

Hypothese 1: *Ondernemers informeren banken niet correct en niet op tijd.* Ondernemers kunnen ervoor kiezen hun bank volgens de contractuele afspraken te informeren over de omstandigheden die gevolgen hebben voor hun kredietwaardigheid. De verwachting is dat ondernemers aan zullen geven dat dit niet het geval is.

Hypothese 2: *Ondernemers informeren banken niet op correcte wijze wanneer ze in zwaar weer komen.* Vergelijkbaar met hypothese 1, maar dan specifiek gericht op de connectie met het bedrijfsresultaat. De verwachting is dat hoe slechter het met de onderneming gaat, hoe minder goed de bank wordt geïnformeerd.

Hypothese 3: *Ondernemers weten niet wat ze van banken kunnen verwachten.* Vergelijkbaar met hypothese 1, maar dan gericht op de transparantie van de banken. Handelen de banken volgens objectieve en heldere regels volgens de ondernemers of lijkt er een zekere mate van willekeur te zijn? De verwachting is dat ondernemers aan zullen geven dat het hen niet altijd duidelijk is wat ze kunnen verwachten.

Hypothese 4: *Ondernemers weten niet wat ze van banken kunnen verwachten wanneer ze in zwaar weer zijn.* Vergelijkbaar met hypothese 3, maar dan specifiek gericht op de connectie met het bedrijfsresultaat. De verwachting is dat er een positief verband is: hoe slechter het met de onderneming gaat, hoe minder goed de bank geïnformeerd zal worden (vanwege de angst voor bijzonder toezicht, bemoeienis en mogelijk 'repressie').

Hypothese 5: *Ondernemers hebben geen negatief beeld van banken.* Ondernemers zouden een gekleurd beeld van banken kunnen hebben, bijvoorbeeld vanwege hun ervaringen uit het verleden, het beeld in de media en de verschillen in machtspositie. De verwachting is dat het beeld over banken gemiddeld negatief zal zijn.

Hypothese 6: *Ondernemers die in bijzonder beheer hebben gezeten, hebben geen negatiever beeld van banken dan ondernemers die niet die ervaring hebben.* Ondernemers die in contact geweest zijn met de afdeling Bijzonder Beheer zullen te maken hebben gehad met slechte bedrijfsresultaten. Omdat zij in een minder machtige positie verkeren dan de bank, kan hun oordeel daardoor gekleurd zijn geworden. De verwachting is dat er een correlatie zal bestaan tussen ervaring met bijzonder beheer en een negatief beeld van banken.

Hypothese 7: *De relatie tussen banken en ondernemingen is in de afgelopen jaren niet verslechterd door toedoen van de economische crisis.* Ondernemers die de gevolgen van de economische crisis sterker dan anderen hebben gevoeld, zouden meer problemen met kredietverlening kunnen hebben dan ondernemers die dit niet hebben gevoeld. De verwachting is dan ook dat er sprake zal zijn van een correlatie tussen de relatie met de bank en de economische crisis.

3.2 Methoden

Meetinstrument

Om de hypothesen te onderzoeken, is een enquête opgezet van 44 hoofdvragen en 14 detailvragen. De hoofdvragen hadden voornamelijk betrekking op het aantal en de aard van de contacten die de ondernemer bij de bank heeft, het gebruik van de ‘machtsmiddelen’ die de bank tot haar beschikking heeft, en de ontwikkelingen in het bedrijf en de bedrijfstak in de afgelopen drie jaar. Tevens is een aantal aanvullende vragen over de onderneming zelf gesteld, zoals de grootte van de omzet en de hoeveelheid onderpand die de bank heeft gekregen. Met deze aanvullende vragen kan gecorrigeerd worden voor mogelijke selectie-effecten in de data, zoals een oververtegenwoordiging van bedrijven uit bepaalde sectoren. Verder wordt het mogelijk nadere analyses te maken op specifieke kenmerken van de onderneming. Zo zou bijvoorbeeld de perceptie van bedrijven met een hoge solvabiliteit en liquiditeit relatief gunstiger kunnen zijn, omdat zij (in beginsel) minder problemen ondervinden met hun financiering bij de bank.

Naast de vragenlijst voor ondernemers is ook een versie voor bankiers uitgebracht met in essentie dezelfde vragen, maar dan geformuleerd vanuit het perspectief van de bankiers. Op deze manier is een vergelijking van de perceptie tussen die twee doelgroepen te maken.

De kernvragen in de enquête zijn in het algemeen in de vorm van een 7-punts Likert-schaal gesteld, waarbij bijvoorbeeld gekozen kon worden uit ‘geheel eens’ tot en met ‘geheel oneens’. Voor de statistische analyse zijn de antwoorden van de Likert-schaal omgezet in een numerieke waarde, waarbij +1 het meest positieve antwoord met betrekking tot de relatie met banken vertegenwoordigt, -1 het meest negatieve, en 0 het neutrale. Als de vraag niet betrekking had op de relatie, dan was +1 het antwoord met de voor de onderneming meest positieve uitkomst. De vragen met een afwijkende schaal werden op vergelijkbare wijze gereedgemaakt voor analyse.

Steekproef en gegevensverzameling

De enquête is (online) uitgestuurd via (sociale) media (Sprout.nl, Financieel-management.nl, Twitter), websites en nieuwsbrieven van brancheorganisaties (KVGGO en SRA) en in het eigen netwerk van MKB-ondernemers/managers, financieel directeuren, accountants (ten behoeve van verspreiding onder MKB-klanten) en bankiers. In totaal zijn 220 bruikbare enquêtes voor ondernemingen en 20 voor banken ingevuld; vanwege de relatief geringe respons van bankiers zijn slechts enkele resultaten uit dit deelonderzoek, ter illustratie, meegenomen in de analyse.

Gemiddeld hadden de ondernemingen van MKB-respondenten twaalf werknemers in dienst en een omzet van € 2 miljoen. De meeste bedrijfskenmerken lieten in elke categorie een ruime vertegenwoordiging zien. Alleen bij de bedrijfssectoren waren de grafische sector (met 40%) en de financiële dienstverlening (met 29%) ruim vertegenwoordigd, en waren de overige sectoren relatief onderbedeeld. Het was daardoor niet mogelijk om een vergelijking tussen sectoren onderling te maken en het kan niet uitgesloten worden dat dit onderzoek in die zin verminderd representatief is voor alle Nederlandse ondernemingen.

De antwoorden op de kernvragen van de enquête lieten evenwel een breed beeld zien. Bij alle vragen waren alle mogelijke antwoorden in voldoende mate gekozen, zodat een zinvolle analyse op de onderlinge verbanden mogelijk werd. Omdat de antwoorden in categorieën ingedeeld waren, kwamen 'uitbijters' in de antwoordenset niet voor, en was het dus niet noodzakelijk die te elimineren.

Data-analyse

In dit onderzoek is gekeken naar de verhouding tussen (relevante representanten van) ondernemingen en banken. Deze verhouding is niet direct meetbaar of observeerbaar, zodat via een indirecte weg (in dit geval via een enquête) inzicht verkregen moet worden in de werkelijke relatie. De ingevulde enquêtes zijn daarom geanalyseerd met *Structural Equation Modeling*, een statistische techniek die inzicht verschaft in de relatie tussen geobserveerde variabelen (de enquêtevragen) en de niet-geobserveerde of latente variabelen ('de verhouding tussen de onderneming en de bank').

Structural Equation Modeling

Binnen *Structural Equation Modeling* (SEM) wordt op basis van theoretische inzichten een model gebouwd waarin aangegeven wordt hoe de waarde van de ene variabele de waarde van de andere variabele beïnvloedt, visueel weergegeven door middel van pijlen.¹⁰

¹⁰ Kline 2010.

Deze beïnvloeding kan enerzijds door middel van een causaal verband zijn (een enkele pijl), en anderzijds kunnen de variabelen gecorreleerd met elkaar zijn (een dubbele pijl).

De statistische techniek bepaalt de waarde van drie verschillende typen waarden:

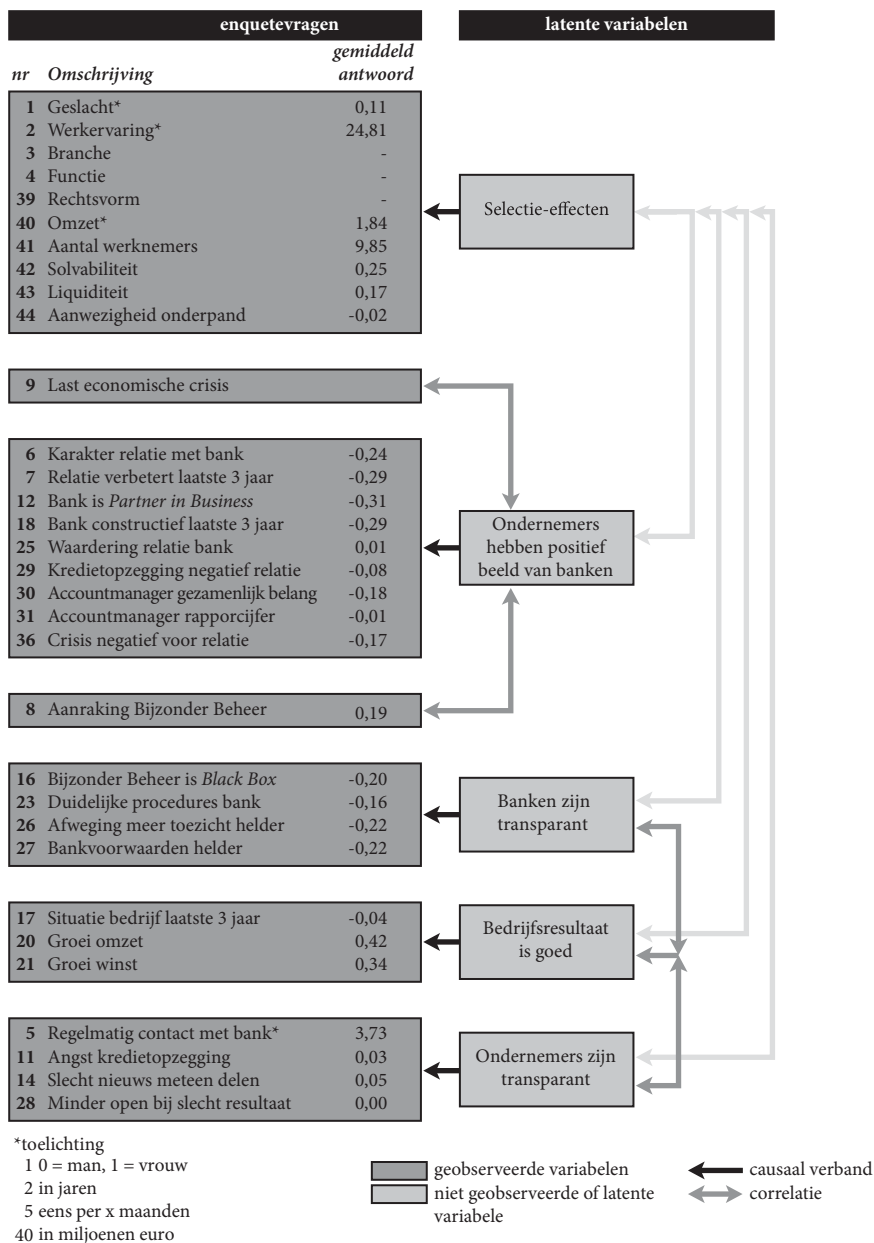
- De gemiddelde waarde van de latente variabele: Omdat de geobserveerde variabelen als neutrale waarde 0 hebben, is dit ook voor de latente variabele de neutrale waarde. Een positieve waarde geeft dan ook hiervoor een goede verhouding tussen de onderneming en de bank weer.
- De grootte van de correlatie tussen twee variabelen: Een waarde van 0 geeft aan dat er geen verband is gevonden tussen de twee variabelen; een positieve waarde geeft aan dat de twee variabelen vaak dezelfde richting op bewegen en een negatieve waarde geeft aan dat ze vaak de tegengestelde richting op bewegen.
- De factor en de constante die het causale verband tussen twee variabelen bepalen; deze relatie is in de vorm $LatenteVariabele * factor + constante = GeobserveerdeVariabele$. Bijvoorbeeld, voor een specifieke enquêtevraag ('Is Bijzonder Beheer een Black Box?') is de *factor* 1,00 en de *constante* -0,25. Als een ondernemer het gevoel heeft dat banken niet transparant zijn (latente variabele met een waarde van -0,5) dan zal hij naar verwachting -0,75 antwoorden ('sterk mee eens dat Bijzonder Beheer een Black Box is').

Met behulp van de *Maximum Likelihood* en Bayesiaanse simulatietechnieken wordt de waarde van deze variabelen bepaald. Tevens wordt een interval van die waarden bepaald, waaruit de kans volgt dat ze afwijken van 0. Bij de gemiddelde waarde van de latente variabele vertegenwoordigt 0 'neutraal', en bij de correlatie en factoren van het causale verband geeft dit 'geen verband' weer. Als de kans dat de waarde afwijkt van 0 niet groot genoeg is, dan kan de nulhypothese niet verworpen worden.

Modelspecificatie

Om de proposities te kunnen beantwoorden is een model ontworpen, waarbij onderdelen van het model antwoord konden geven op specifieke vragen. Voor de correctie van selectie-effecten zijn bedrijfsspecifieke kenmerken en de mate van zekerheid voor de bank aan het model toegevoegd. De algemene bedrijfsspecifieke kenmerken hadden betrekking op de omvang en de rechtsvorm van de onderneming, en de persoon die de enquête invulde. De mate van zekerheid had betrekking op de mogelijkheid van het terugvorderen van de uitstaande lening en werd gebaseerd op het verleende onderpand, de liquiditeit en de solvabiliteit.

Figuur 24.1



De algemene bedrijfskenmerken genereerden soms wel en soms niet significante resultaten; als de factoren significant waren, dan was de impact ervan nog steeds laag. De factoren voor geslacht, werkervaring en branche moesten uit het model worden verwijderd, omdat deze geen voorspelkracht toevoegden ten opzichte van de overige variabelen. Uiteindelijk bleek ook de gecombineerde variabele voor de selectie-effecten weinig voorspelkracht te hebben. De correlaties met de te onderzoeken variabelen bleken zeer klein of niet significant. Er is onderzocht of het aanpassen van de structuur van het model hierop effect heeft, wat niet het geval is, zodat geconcludeerd kan worden dat dit resultaat stabiel is. De perceptie van ondernemers over de bank is dus weinig of niet afhankelijk van de grootte en soort onderneming, of van de persoon die de enquête invult.

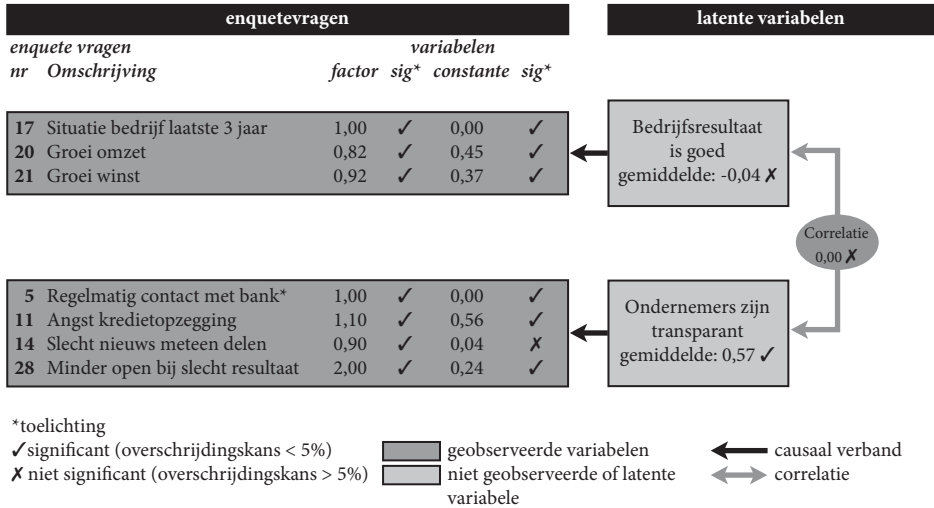
4 RESULTATEN VAN HET ONDERZOEK

In de hierna weergegeven onderdelen van het hoofdmodel zijn de waarden van de factoren en constanten van de variabelen achter de desbetreffende vragen weergegeven. De vermelde factoren geven de invloed van de desbetreffende vraag op de latente variabelen, zoals de perceptie van de ondernemers, weer. Omdat de vragen allemaal dezelfde schaal hebben, kunnen de factoren direct met elkaar worden vergeleken. Een vraag met een grote factor geeft een grotere invloed op de perceptie dan een vraag met een kleine factor. Voor alle latente variabelen is een constante factor opgenomen. Deze constante kan geïnterpreteerd worden als de basishouding van de ondernemers, als alle kernvragen met 'neutraal' worden beantwoord. De correlaties tussen de variabelen zijn direct in het model weergegeven, bij de dubbele pijlen die de variabelen verbinden. Waar relevant zijn bij de latente variabelen ook de ingeschatte gemiddelden vermeld.

Naast de factor is een indicator opgenomen die aangeeft of de variabele significant (✓) of niet significant (x) afwijkt van 0, met een overschrijdingskans van 5% ($p < 0,05$). De variabelen die betrekking hadden op de kernvragen hadden vaak een goede significantie, zodat de analyse in totaal als betrouwbaar kan worden geclassificeerd.

Op het vraagstuk of ondernemers banken wel of niet correct en op tijd informeren, kan worden geconcludeerd dat het gemiddelde van deze variabele significant afwijkt van 0. In het volgende schema is dit weergegeven bij de gemiddelde waarde van de latente variabele *Ondernemers zijn transparant*.

Figuur 24.2

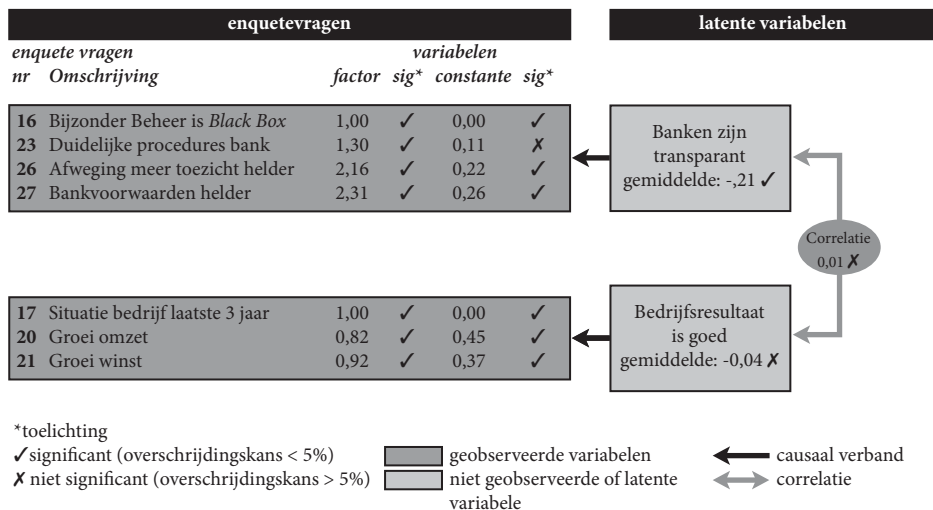


Ondernemers vinden dus van zichzelf dat ze banken informeren zoals gewenst is. Als gekeken wordt naar de onderliggende antwoorden, dan blijkt dat ze soms tegengesteld beantwoord worden. De vragen over angst voor kredietopzegging laten eerder een voorzichtige en behoedzame ondernemer zien, terwijl de antwoorden over het delen van slecht nieuws met banken juist aangeven dat ondernemers hun verplichtingen jegens de bank getrouw nakomen.

Bij de aanvullende vraag of bedrijven in zwaar weer banken slechter informeren, zien we geen correlatie tussen het bedrijfsresultaat en de mate van openheid van de ondernemers, zoals in het schema is weergegeven bij de dubbele pijl. Er zijn dus geen aanwijzingen dat ondernemers voorzichtiger worden als ze in zwaar weer terechtkomen, terwijl het belang van de ondernemer om informatie achter te houden wel toeneemt. Banken kunnen dus eenzelfde mate van openheid verwachten van de ondernemer, ongeacht de fase waarin het bedrijf zich bevindt.

Weten ondernemers wat ze van banken kunnen verwachten? De gemiddelde waarde van de variabele is met -0,21 negatief, zoals te zien is in onderstaand schema bij de gemiddelde waarde van de latente variabele *Banken zijn transparant*. ($P < 0,001$).

Figuur 24.3



Ondernemers hebben dus het gevoel dat ze niet altijd weten wat ze van banken kunnen verwachten. Als naar de onderliggende vragen in de enquête wordt gekeken, dan blijkt dat vooral de procedures en het afwegingsproces van banken om tot kredietopzegging of verscherpt toezicht over te gaan, onduidelijk zijn voor de respondenten. De afdeling Bijzonder Beheer voelt voor de ondernemers overigens juist niet als een *Black Box*, wat de mate van transparantie lijkt te compenseren.

In een aanvullende hypothese onderzochten we of ondernemers weten wat ze van banken kunnen verwachten wanneer ze in zwaar weer zijn. De correlatie tussen het bedrijfsresultaat en transparantie die de ondernemers verwachten van banken blijkt niet significant afwijkend te zijn van 0, zoals in het vorige schema bij de dubbele pijl is weergegeven. Er zijn dus geen aanwijzingen dat ondernemers het gevoel krijgen dat banken informatie over hun besluitvormingsprocessen achterhouden als de onderneming in zwaar weer verkeert. Als ondernemers meer helderheid verwachten, dan zal de bank klaarblijkelijk evenredig meer informatie verstrekken.

Op het vraagstuk of ondernemers een negatief beeld van banken hebben, vinden we een gemiddelde waarde van -0,27, hetgeen duidelijk negatief is (in onderstaand schema bij *ondernemers hebben positief beeld van banken*). De waarde is ook sterk significant, met een overschrijdingskans die kleiner is dan 0,1%.

Figuur 24.4

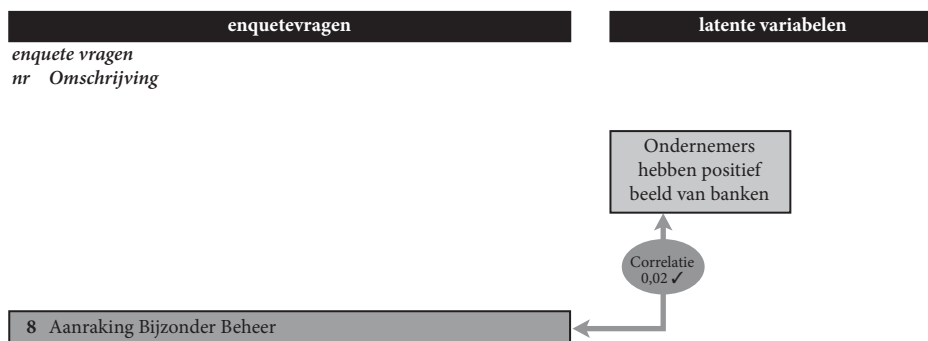
enquetevragen					latente variabelen	
enquete vragen		variabelen				
nr	Omschrijving	factor	sig*	constante	sig*	
6	Karakter relatie met bank	1,00	✓	0,03	✗	<div>Ondernemers hebben positief beeld van banken gemiddelde: -0,27 ✓</div>
7	Relatie verbeterd laatste 3 jaar	-0,15	✗	0,00	✓	
12	Bank is <i>Partner in Business</i>	1,27	✓	0,03	✗	
18	Bank constructief laatste 3 jaar	1,29	✓	0,06	✗	
25	Waardering relatie bank	1,37	✓	0,34	✓	
29	Kredietopzegging negatief relatie	0,57	✓	0,08	✗	
30	Accountmanager gezamenlijk belang	1,22	✓	0,15	✓	
31	Accountmanager rapportcijfer	1,26	✓	0,33	✓	
36	Crisis negatief voor relatie	0,93	✓	0,08	✗	

*toelichting
 ✓ significant (overschrijdingskans < 5%) geobserveerde variabelen ← causaal verband
 ✗ niet significant (overschrijdingskans > 5%) niet geobserveerde of latente variabele ↔ correlatie

Als naar de onderliggende vragen wordt gekeken, dan blijken alle vragen die betrekking hebben op de relatie negatief voor banken uit te pakken. De rapportcijfers die aan de (accountmanagers van) banken worden uitgedeeld, zijn onvoldoendes. De waardering van de relatie in het algemeen krijgt gemiddeld een 5,4, hoewel in 56% van de gevallen nog wel een voldoende wordt gegeven. Het handelen in het gezamenlijk belang wordt gemiddeld met een 4,7 beoordeeld, en hier geeft ook een meerderheid (58%) een onvoldoende. Ter vergelijking (maar met enige voorzichtigheid in verband met de beperkte respons): bankiers waardeerden de relatie op gemiddeld 6,6.

Op de aanvullende vraag of ondernemers die in bijzonder beheer hebben gezeten een negatiever beeld hebben van banken dan ondernemers die niet die ervaring hebben, zien we dat de correlatie tussen ervaring met de afdeling Bijzonder Beheer en de relatie met de bank significant is. De correlatie is echter wel zeer klein, dus in de praktijk heeft het effect een beperkte impact.

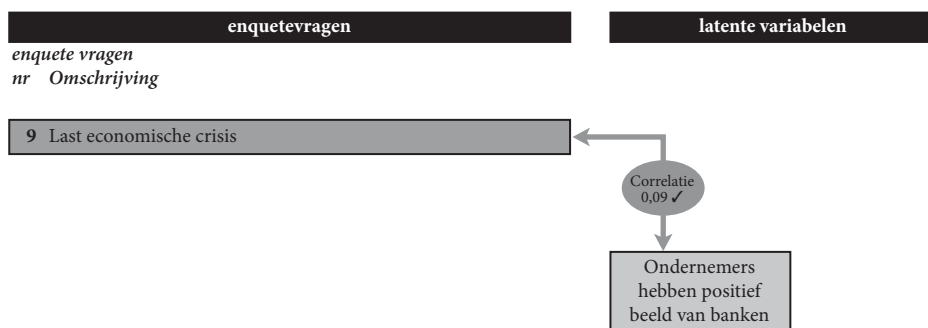
Figuur 24.5



Dat betekent dat ondernemers die in aanraking zijn gekomen met Bijzonder Beheer een licht negatiever beeld over banken hebben, maar dat dit niet veel negatiever is dan normaal al het geval is.

Ten slotte hebben we gekeken naar de vraag of de relatie tussen banken en ondernemingen in de afgelopen jaren is verslechterd door toedoen van de economische crisis.

Figuur 24.6



De correlatie tussen de effecten van de economische crisis en de relatie met banken is 0,09. De positieve waarde bij de vraag of de ondernemers last hebben gehad van de economische crisis representeert het antwoord 'geen last' en bij de latente variabele 'positief beeld'. De positieve correlatie betekent dus dat hoe meer last ondernemers hebben gehad van de economische crisis, hoe slechter de relatie met banken is, en andersom. Ook in de directe vragen in de enquête geven ondernemers aan dat de economische crisis een negatieve invloed heeft gehad op hun relatie met banken.

5 ALGEMENE CONCLUSIE EN IMPLICATIES VOOR DE PRAKTIJK

In deze bijdrage is beoogd via een kleinschalig en verkennend empirisch onderzoek meer inzicht te krijgen in de relatie tussen bank en onderneming, met name gericht op de gedragsrelatie: ‘Gedragen partijen zich conform de letter en de geest van het kredietcontract en de uitgangspunten bij het aangaan van de relatie?’

Hoewel het slechts een eerste verkenning betreft, met een beperkte steekproef, worden hierna enkele tentatieve en algemene conclusies geformuleerd, evenals een voorstel voor een gedragscode voor de praktijk. We benadrukken dat de conclusies, alsmede het voorstel als zodanig gelezen moeten worden.

5.1 *Algemene conclusie*

De onderzochte gedragsaspecten inzake het kredietcontract tussen bank en onderneming laten een verrassend doch genuanceerd beeld zien. Enerzijds is er een duidelijk negatief beeld op de relatie. Anderzijds geeft het onderzoek nog geen bevestiging van sterke vermoedens dat ondernemers ongewenst gedrag vertonen (‘informatie achterhouden’) op basis van de contractuele afspraken tot ‘onverwijld informeren’. Met andere woorden, de perceptie is wel degelijk negatief, maar dat lijkt geen effect te hebben op het gepercipieerde gedrag. Dit is opvallend, maar in het licht van de relatie misschien wel te verklaren. De relatie bank-MKB-onderneming kan immers niet zomaar als geheel gelijkwaardig worden beschouwd. De afhankelijkheid ten opzichte van de bank is groot, zeer zeker bij een verslechterde financiële positie. Dit lijkt de mate van openheid te bevorderen, met name door de mogelijke ‘repressie’ van het niet tijdig informeren. Dit weegt blijkbaar zwaarder dan de mogelijke (gevoelde) negatieve gevolgen in termen van bijzondere monitoring en ‘bemoeienis’, al dan niet van de afdeling Bijzonder Beheer. Overigens, vanuit een geheel rationeel perspectief zal een zekere mate van angst voor repressie juist in het voordeel van een onderneming werken. Immers, het effect is dat misschien juist wel eerder aan de bel wordt getrokken en wordt ingegrepen, waarmee de kans op faillissement in wezen afneemt. Banken zien voor zichzelf dan ook een (positieve) rol weggelegd als ‘*watchdog*’ voor de onderneming. Dit wordt hen echter niet altijd in dank afgenomen. Met name omdat ondernemers niet precies weten wat de afwegingen daarvoor zijn, regelmatig anders naar de wereld kijken en de (positieve) rol van hun onderneming daarin (‘kansen zien in plaats van bedreigingen’), en ook omdat men niet weet wat men kan verwachten. De rol van de bank wordt dan ook gepercipieerd als negatief, wat losstaat van de positieve rol die banken wel degelijk hebben in de kredietrelatie.

Gezien de negatieve perceptie, maar wél het gewenste gedrag, lijkt in zekere zin sprake van een puur zakelijk 'kredietcontract', en minder van een 'samenwerkingsrelatie'. Populair gezegd: een verstandshuwelijk in plaats van een huwelijk uit liefde. Met andere woorden, van een doelcongruentie is minder sprake dan wat misschien wel wordt beoogd; in elk geval van banken die zich in de praktijk graag opstellen als *partner in business*. Ondernemers lijken een bepaalde mate van transparantie van de bank te missen.

5.2 *Implicaties voor de praktijk: naar een gedragscode tussen banken en ondernemers om de contractuele relatie te verdiepen?*

Hoewel een hogere mate van transparantie vanuit de banken volgens de contractuele bepalingen misschien niet direct vereist is, blijkt dat ondernemers dat op dit moment wel missen, zo concluderen we uit het onderzoek. Dit speelt met name een rol bij het uitoefenen van sancties, zoals het intrekken van het krediet, door de bank. Een meer objectieve maatstaf voor het toepassen van deze sancties zou een deel van die onzekerheid weg kunnen nemen. Het contract tussen de partijen kan uitgebreid worden met bepalingen die deze criteria vastleggen. Het lijkt echter niet waarschijnlijk dat alle mogelijkheden voor het toepassen van sancties op deze manier vastgelegd kunnen worden. Omdat de werkelijkheid altijd complex en genuanceerd is, zou dat tot gevolg hebben dat de contracten zeer gedetailleerd en omvangrijk moeten worden, wat juist de helderheid weer zou tegengaan. Een aanvulling op het contract, in de vorm van een gedragscode met meer subjectieve regels over houding en gedrag, lijkt een beter alternatief. Beide partijen krijgen meer helderheid over elkaars intenties, zodat er meer onderling vertrouwen ontstaat. Het bevordert het idee van *partners in business*.

Ter illustratie, in het Verenigd Koninkrijk is in 1997 door de British Bankers' Association (BBA) met hulp van de grote Engelse banken het zogenoemde 'A Statement of Principles: Banks and Micro-Enterprises – Working Together' [hierna: de Principles] ingevoerd. Dit alles juist om de hiervoor beschreven gedragsdoelen te bewerkstelligen. De Principles zijn bedoeld om proactief te informeren over de gewenste relatie tussen (MKB-)ondernemers en banken:

'(...) The Principles show how banks will work with micro-enterprise customers to get the relationship right from the start and help if the business gets into difficulties, and how businesses can work most effectively with their bank (...)'¹¹

11 British Bankers' Association 2009, p. 2.

In het licht van de recente economische crisis zijn de Principes in 2009, in samenwerking met maatschappelijke partners, geactualiseerd. Bijgaand zijn de hoofdlijnen van de Principes opgenomen.

A Statement of Principles: banks and micro-enterprises – working together	
1 Getting things right at the start	<ul style="list-style-type: none"> a. We will confirm the terms of any facility [...] in writing b. We will recommend that you seek independent advice before accepting the facility c. We will co-operate with your advisers to explain the facility and to clarify anything during the relationship d. Before you accept the facility, we will agree with you what sort of monitoring information we need and how often we need it
2 Sharing concerns	<ul style="list-style-type: none"> a. You should discuss any concerns you have about your current or future business performance with us as soon as possible. We will consider any financial difficulties you have sympathetically and positively and, if we have concerns about your business or our relationship with you, we will let you know in writing and offer to discuss these with you personally b. We may ask you for more financial information to help us work together to understand any problems c. We may suggest an independent review of your business
3 Agreeing the way forward	<ul style="list-style-type: none"> a. If your business is reviewed, we will discuss with you (and your advisers) the information provided before reaching any conclusions or taking any action b. We will support a rescue plan, if we believe it will succeed c. If we do not think that the rescue plan will succeed, we will explain the reasons why and help you and your advisers consider other options d. If you make the changes agreed between us early enough to save the main business we will not, other than in exceptional circumstances, start action to recover the amount you have borrowed e. If, after reviewing all the options with you, appointing an administrator [...] is considered to be the most appropriate action to take, the decision to appoint the receiver will be confirmed within the bank at a senior level
4 Making a complaint	<ul style="list-style-type: none"> a. We have procedures to help sort out complaints and disagreements. We will act fairly and reasonably, and try to sort out problems quickly b. You can complain to the Financial Ombudsman Service if you are not happy with something we have done (or failed to do) and we are not able to sort out the problem to your satisfaction
5 Switching your account to another bank	<ul style="list-style-type: none"> a. If you decide to move your current account to another bank, we will give them information on your standing orders and direct debits within three working days of receiving their request to do this b. In the absence of exceptional circumstances relating to the transfer of charges of securities, the lenders will complete the transfer of accounts within five working days, when timely information is provided by the customer

Bron: British Bankers' Association, 2009.

De Principes laten duidelijk zien hoe Britse banken, verenigd in de BBA, gericht zijn op het samenwerken met kleine en middelgrote ondernemingen waarbij het van belang is dat de relatie vanaf het begin goed is opdat, wanneer de onderneming onverhoopt in financiële problemen komt, een ‘samenwerkingsmodel’ kan ontstaan. Met de Principes laten banken derhalve zien dat zij gericht zijn op samenwerking en wordt benadrukt dat deze samenwerking het best tot stand komt wanneer eigenaren en managers zich in een vroegtijdig stadium laten adviseren (door banken en/of gespecialiseerde adviseurs) om vervolgens actie te ondernemen. Nadrukkelijk wordt duidelijk gemaakt dat het op tijd blootleggen van (mogelijke) problemen juist tot gevolg heeft dat samen naar een oplossing kan worden gezocht. Thans wordt gevoeld, zo concluderen we voorzichtig, dat de onderneming ‘onder verscherpt repressief toezicht’ komt, dan wel in een ‘black box’ vol onzekerheden terecht komt, een vooruitzicht dat niet altijd bemoedigend werkt voor het management van een onderneming. Door deze code te hanteren, kunnen banken laten zien dat dit uitdrukkelijk niet de bedoeling is. De genoemde kritiekpunten zullen verdwijnen, daar de relatie transparanter wordt. Beide partijen zullen daardoor beter weten, in een eerder stadium, waar ze aan toe zijn, zodat uiteindelijk ook beide partijen er beter van worden: van een puur kredietcontract naar een kredietrelatie.

Bezien zou moeten worden op welke wijze dergelijke Principes in Nederland ingevoerd zouden kunnen worden door de banken (Nederlandse Vereniging van Banken) in samenwerking met bijvoorbeeld werkgeversorganisaties, brancheorganisaties, werknemersorganisaties en overige relevante maatschappelijke instituties. Gewaakt zal echter moeten worden voor het creëren van een ‘dode letter’ en/of (semi)juridisch instrument. De Principes zullen nadrukkelijk moeten dienen als katalysator voor dialoog, samenwerking en wederzijdse informatie-uitwisseling (*‘better understanding’*).

5.3 *Richtingen voor verder onderzoek*

Dit onderzoek maakt gebruik van een relatief kleine zogenoemde gemakssteekproef. Deze niet-toevalssteekproefmethode is niet accuraat en precies. Aangezien de selectiefout niet kan worden bepaald, is het op basis van de verzamelde gegevens onmogelijk generaliserende uitspraken te doen over ondernemers en banken in Nederland. De steekproef is slechts geschikt, en als zodanig bedoeld, voor een eerste verkenning om een ruw idee te krijgen over de verschillende facetten van de kredietrelatie tussen ondernemers en banken. Verder onderzoek wordt daarom aangeraden om de bevindingen te bevestigen en uit te breiden. Zo zou een grootschalig vervolgonderzoek bijvoorbeeld kunnen uitwijzen of er gedragsverschillen bestaan tussen bedrijven in verschillende sectoren. Het huidige onderzoek is hiervoor te klein en niet representatief. Ook zou er specifiek kunnen worden gekeken naar

ondernemingen in zwaar weer. De praktijkopvatting over ongewenst gedrag is namelijk deels gebaseerd op ervaringen die insolventieprofessionals hebben met bedrijven in financiële moeilijkheden. Het zou kunnen zijn dat deze kleinere groep bedrijven afwijkend gedrag vertoont. Vervolgonderzoek zou ook specifieke constructen (zoals angst, vertrouwen, transparantie) diepgaander in kaart kunnen brengen.

Literatuur

Adriaanse e.a. 2004

J.A.A. Adriaanse, N.J.H. Huls, J.G. Kuijl & P. Vos, *Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement*, Den Haag: WODC/Boom Juridische uitgevers 2004.

Adriaanse & Kuijl 2004

J.A.A. Adriaanse & J.G. Kuijl, 'De paradoxale rol van banken bij financiële moeilijkheden', *Accounting*, oktober 2004.

Adriaanse 2005

J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the Shadow of the Law: Informal Reorganisation in the Netherlands* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

Van Amsterdam 2003

A.M. van Amsterdam, 'Herstructurering binnen de "stille surséance"', *O&F* 2003/56.

Armour e.a. 2002

J. Armour, B.R. Cheffins & D.A. Skeel jr., *Corporate Ownership Structure and the Evolution of Bankruptcy Law: Lessons from the UK*, 2002.

British Bankers' Association 2009

A Statement of Principles, Banks and micro-enterprises – working together, British Bankers' Association, 2009, te vinden op www.bba.org.uk.

Couwenberg & De Jong 2005

O. Couwenberg & A. de Jong, 'De "black box" van de stille reorganisatie geopend', *Ondernemingsrecht* 2005/11-12.

Franken 2002

S. Franken, 'Verslag Nibe-Svv seminar d.d. 18 september 2002: Modernisering faillissementsrecht: wat wordt de positie van de bank?', *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2002/6.

Kline 2010

R.B. Kline, *Principles and Practice of Structural Equation Modeling*, 3rd edition, The Guilford Press 2010.

Visser 1999

H. Visser, 'De curator en de financier', *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 1999/5.

Geraadpleegde websites

Algemene Bankvoorwaarden 2009, Nederlandse Vereniging van Banken, te vinden op www.nvb.nl.

Algemene Bepalingen voor Kredietverlening door ABN AMRO (voor zakelijke klanten), november 2011, te vinden op www.abnamro.nl.

DEEL F
VERZEKERINGSRECHT

25 GEDRAGSVERONDERSTELLINGEN EN VERZEKERINGEN

M.G. Faure en W.H. van Boom*

SAMENVATTING

Verzekeringseconomie en -recht hanteren als presumptie dat verzekerden minder voorzichtig worden als zij verzekerd zijn en dat juist diegenen die het verhoogde risico op schade lopen, een verzekering nemen. Het eerste verschijnsel wordt geduid als 'moreel risico' en het tweede verschijnsel roept het risico van 'antiselectie' in het leven. Daar kan aan worden toegevoegd de presumptie dat de vraag naar verzekeringen rationeel tot stand komt: men verzekert weloverwogen wat men van waarde acht en men laat onverzekerd waar men minder aan hecht. Het recht ontwikkelt instrumenten om moreel risico en antiselectie tegen te gaan en de verzekeringseconomie baseert complete theorieën op de genoemde uitgangspunten. Maar empirie toont aan dat rationele keuze minder dominant is dan de presumptie veronderstelt. Dat werpt een ander licht op moreel risico en antiselectie. In dit hoofdstuk wordt dit empirisch materiaal ontsloten en wordt de relevantie van het materiaal voor beleidsmakers binnen het verzekeringsrecht beargumenteerd.

1 INLEIDING

Verzekering is, zo wordt althans in elke basisstudie over verzekering geleerd, een fenomeen dat bij uitstek het gedrag van mensen beïnvloedt. Wanneer een vakantieganger ten gevolge van volledige verzekeringsdekking niet langer zelf de kosten draagt van het mogelijk verlies van zijn fototoestel, zal dit allicht een invloed hebben op de wijze waarmee hij met dit toestel omspringt. Wanneer men een verzekering sluit tegen verkeersboetes zal de neiging tot wetsovertreding toenemen.¹ Wanneer doktersbezoek onder de zorgpolis voor een vast

* Onze dank gaat uit naar Sarah van den Brand en Marianne Breijer (Erasmus School of Law Rotterdam) en Wanchi Tang (Universiteit Maastricht) voor ondersteuning bij de voorbereiding van deze bijdrage.

1 In 2006 gaf een buitenlandse verzekeraar te kennen een verkeersboeteverzekering in Nederland te willen introduceren. Vanuit het parlement werd gestoken gereageerd – de verzekering zet als het ware een premie op wetsovertreding – en een verbod werd overwogen. De verzekering werd onder druk niet langer aangeboden in Nederland. Overigens had de polis zelf een zekere remmende werking op moreel risico: het aantal boetes dat per jaar geclaimd kon worden was gemaximeerd en de verzekering gold alleen voor snelheidsoverschrijdingen tot 30 km/u (bron: Volkskrant 14 januari 2006). Inmiddels wordt de verzekering niet meer aangeboden.

bedrag is gedekt, ongeacht het aantal malen dat men de arts bezoekt, dan valt overconsumptie te vrezen.

Niet alleen wordt geleerd dat eenmaal afgesloten verzekeringen invloed hebben op het gedrag van mensen, er is ook een dominante presumptie dat menselijk gedrag consistent rationeel is bij het *aangaan* van de verzekeringsovereenkomst. Binnen dat rationele-keuzemodel nemen mensen alleen verzekering om de dreiging van financieel verlies tegen te gaan in een mate die gerelateerd is aan hun risicoaversie. De verzekering komt aldus, mits de consument over alle relevante informatie beschikt op een goed functionerende verzekeringsmarkt, op de juiste wijze tot stand. De rationele-keuzetheorie betekent ook dat verzekeraars moeten waken voor ‘antiselectie’. De verzekeraar heeft immers minder volledige informatie over de grootte van de risico’s die zijn verzekerde loopt dan de verzekerde zelf. Als nu vooral personen die de verzekering het hardste nodig hebben de verzekering ook sluiten, kan de verzekeraar een grote schadelast verwachten. Hij zal dus informatie willen verzamelen en aan risicodifferentiatie doen (bijv. door meer premie te berekenen aan personen waar hij een hogere schadelast van verwacht) om te voorkomen dat hij alleen met ‘slechte risico’s’ achterblijft.

Dit alles zijn theoretische presumpties over gedrag van verzekeringnemers, de effecten daarvan en de reacties die het bij (rationeel handelende) verzekeraars teweeg zal brengen. In deze bijdrage staan deze presumpties over gedrag van verzekeringnemers en verzekeraars voorafgaande, ten tijde van en na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst centraal. We besteden aandacht aan de onderwerpen ‘rationele vraag’, ‘moreel risico’ en ‘antiselectie’, waarbij we eerst het theoretisch kader schetsen (par. 2) en vervolgens een overzicht van empirische bevindingen geven (par. 3). De centrale vraag is in hoeverre de theorie door empirie wordt gestaafd of gelogenstraft. Daarna sluiten wij af met voorzichtige conclusies over de relevantie van de empirie voor verzekeringsrechtelijk beleid en privaatrecht (par. 4).

Het lijkt ons goed om ook aan te geven wat wij hier *niet* doen. In onze bijdrage staat vooral de relatie tussen regulering, controle door de verzekeraar en het individueel gedrag van de verzekerde centraal, vooral voor zover ter zake empirisch bewijs voorhanden is. Precies vanwege de focus op verzekeren wordt in onze bijdrage niet stilgestaan bij empirisch bewijs van effectiviteit van het aansprakelijkheidsrecht, noch bij effecten van de invoering van zogenoemde no-fault schema’s op het gedrag van de verzekerden.² Evenmin staan wij stil bij frauduleus gedrag van partijen na het verzekerd voorval, zoals ‘majoreren’ bij schadeaangifte door de verzekerde en het te kwader trouw traineren van uitbetaling door de verzekeraar.³

2 Daarover Van Dam in zijn bijdrage aan dit boek.

3 Eerstgenoemd verschijnsel wordt wel ‘ex post moral hazard’ genoemd (daarover bijv. in empirische zin Cummins & Tennyson 1996, p. 29 e.v.; Bolduc e.a. 2002, p. 623 e.v.), het tweede is in de Amerikaanse terminologie ‘bad faith denial of a claim’ (daarover bijv. in empirische zin Browne e.a. 2004, p. 355 e.v.).

Verder is het goed om de beperkingen van dit hoofdstuk te benadrukken. Wij hebben niet zelf empirisch onderzoek ondernomen, we analyseren slechts de voorhanden zijnde empirische studies. Er is een brede en rijke literatuur over empirische effecten van verzekering, bewijs van antiselectie en moreel risico, maar binnen het beperkte kader van deze bijdrage is het uiteraard niet mogelijk om al deze literatuur in extenso te verwerken.⁴ Wij hebben daarom een selectie gemaakt van de meest relevante literatuur. De lezer die ruimer geïnteresseerd is in deze thematiek kan worden verwezen naar aanvullende literatuur die wel in de voetnoten en literatuurlijst zal worden aangehaald.⁵

2 THEORETISCHE UITGANGSPUNTEN

2.1 *Rationele vraag naar verzekeringen*

De rationele-keuzetheorie behoort tot de klassieke veronderstellingen met betrekking tot het gedrag van mensen die aan de klassieke verzekeringstheorie ten grondslag liggen. De klassieke verzekeringstheorie gaat namelijk uit van de hypothese dat mensen met een afkeer van risico een vraag naar verzekering zullen hebben wanneer dit hun economisch nut verhoogt. Wanneer zij geïnformeerd zijn over de voordelen van verzekering zullen zij, zo luidt de klassieke theorie, een vraag naar verzekering hebben. Klassieke verzekerings-theorie gaat ervan uit dat degene die een afkeer van risico heeft (ook wel genoemd 'risico-aversie') en zijn verwacht nut wil verhogen, geïnteresseerd zal zijn in een transactie met een derde die bereid is tegen betaling van een prijs het risico over te nemen. Die derde is dan de verzekeringsonderneming die het risico tegen betaling van een premie overneemt. De klassieke welvaartstheorie zoals deze onder meer door Nobelprijswinnaar Arrow op verzekering is toegepast, gaat ervan uit dat individuen een vraag naar verzekering zullen hebben omdat dit hun verwacht nut zal verhogen.⁶ Op basis van beschikbare informatie over het risico waaraan men blootstaat en de beschikbaarheid van verzekering zal de nut-maximaliserende mens een verzekeringsdekking zoeken teneinde zijn risico naar de verzekeraar te verschuiven.

Echter, recent empirisch onderzoek, onder meer met betrekking tot de vraag naar verzekering voor rampen, heeft aangetoond dat de realiteit vaak anders is: mensen nemen geen verzekering tegen de gevolgen van (natuur)rampen, ook wanneer zij behoorlijk zijn geïnformeerd en ook wanneer dat hun nut zou verhogen. Ook blijkt andersom soms ver-

4 Zie voor een recent overzicht van de invloed van behavioural law and economics op verzekering Baker en Siegelman 2011.

5 In het algemeen kan worden gewezen op Dewees e.a. 1996, waarin ruim aandacht wordt besteed aan gedragseffecten van het ongevallenrecht en de ter zake beschikbare empirische literatuur.

6 Zie onder meer Arrow 1965, p. 1 e.v., en Pratt 1964, p. 122-136.

zekering te worden genomen – bijvoorbeeld voor het leven van een kind – terwijl dit vanuit economisch perspectief het verwachte nut van de ouders *ex ante* niet kan verhogen. Het is de moeite waard om de recente empirische studies waaruit blijkt dat mensen zich anders gedragen dan volgens de hypothese van het ‘verhogen van het verwachte nut’ wordt voorspeld, te onderzoeken en om tevens na te gaan welke verklaringen hiervoor kunnen worden geboden.

2.2 Antiselectie

Een tweede fenomeen dat vanuit het perspectief van ‘gedrag en privaatrecht’ ook van belang is voor verzekering is uiteraard het fenomeen van de zogenoemde antiselectie.⁷ Tegelijk met het moreel risico is dit wellicht het meest bekende gevaar dat verzekeringscontracten bedreigt: wanneer verzekeraars onvoldoende onderscheid zouden kunnen maken tussen goede en slechte risico’s, treedt onvoldoende risicodifferentiatie op, zou verzekering relatief onaantrekkelijk worden voor de goede risico’s en als gevolg daarvan zou antiselectie optreden: alleen slechte risico’s zouden nog een vraag naar verzekering hebben.⁸ Hoewel schijnbaar overtuigend empirisch bewijs van deze stelling natuurlijk geboden werd naar aanleiding van de bekende verzekeringscrisis die in de jaren tachtig in de Verenigde Staten woedde en die precies vanuit dit antiselectieperspectief door George Priest werd bestudeerd en verklaard,⁹ is er ook ander en afwijkend empirisch materiaal waaruit veeleer blijkt dat antiselectie veel beperkter zou zijn dan werd verondersteld. Sommige literatuur wijst ook op het fenomeen van zogenoemde ‘pro-selectie’ (in de Engelstalige literatuur ‘*propitious selection*’ of ook wel ‘*advantageous selection*’ geheten): het zouden juist de brave, zorgvuldige en goed handelende burgers zijn die een vraag naar verzekering hebben, zich willen beschermen, maar dan ook relatief voorzichtig zijn.¹⁰ De hypothese van deze ‘*propitious selection*’ wijst in een andere richting dan de antiselectie: omdat juist de brave, risicoaverse burger de vraag naar verzekering heeft, leidt verzekering niet tot een verhoging van het risico, maar juist tot een verlaging daarvan. Ook ter ondersteuning van dit model bestaan empirische studies die het bestuderen waard zijn.

7 *Averse selection*, ook wel: averechtse selectie genoemd.

8 Wij verwijzen slechts naar Rejda 2007, hoofdstuk 2; Schulenburg 2005, p. 297 e.v. Vgl. Eisenhauer 2004, p. 165.

9 Priest 1987, p. 1521-1590. Vgl. over het onderliggende probleem van informatieasymmetrie Rothschild en Stiglitz 1976, p. 629-649.

10 Hemenway 1990, p. 1063 e.v.; Chiappori & Salanie 2000, p. 56 e.v.; vgl. Eisenhauer 2004, p. 167 e.v. Overigens zijn de geleerden het nog niet eens over de exacte contouren van dit verschijnsel; vgl. bijv. Donder & Hindriks 2006.

2.3 *Moreel risico*

De klassieke gedachte dat een afgesloten verzekeringsovereenkomst het gedrag van mensen beïnvloedt, wordt verwoord door het begrip ‘moreel risico’, de Nederlandse vertaling van het Engelse concept ‘*moral hazard*’. Dit concept moreel risico wijst op de eenvoudige veronderstelling dat gedrag van mensen wijzigt als gevolg van het feit dat zij de financiële consequenties van hun handelen niet langer zelf dienen te dragen, maar deze kunnen afwentelen op een derde, in casu een verzekeraar.¹¹ In die zin moet worden benadrukt dat hoewel het fenomeen van het moreel risico vooral in de context van verzekering wordt besproken, het daartoe uiteraard niet wordt beperkt. Ook wanneer in andere situaties financiële consequenties op anderen dan een verzekeraar (bijvoorbeeld op de overheid of het collectief) kunnen worden afgewenteld, kan worden verwacht dat dit een invloed op het gedrag van mensen zal hebben.¹²

Pauly wees er al op dat het concept ‘moreel risico’ wat weinig gelukkig is gekozen: men vindt het klaarblijkelijk ‘immoreel’ dat een verzekerde zijn gedrag wijzigt onder invloed van verzekeringsdekking. Pauly wijst erop dat hier op zichzelf niets ‘immoreels’ aan is, maar dat deze gedragswijziging het gevolg is van rationeel gedrag van de verzekerde die nu eenmaal minder zorgkosten heeft wanneer hij schade op een derde kan afwentelen.¹³

Hoewel elk handboek over verzekering dit fenomeen van het moreel risico beschrijft, is vanuit empirisch perspectief veel minder bekend over de werkelijke omvang van dit moreel risico. Dat die empirische gegevens zo beperkt zijn, mag overigens niet zo verbaasd lijken. Immers: het is zelden het geval dat het gedrag van mensen *uitsluitend* door verzekering wordt beïnvloed. Doorgaans kunnen vele andere factoren van ethische, juridische (bijvoorbeeld veiligheidsregulering) of andere aard (bijvoorbeeld zelfbehoud) een rol spelen bij het vermijden van gedrag dat een verzekeraar zou benadelen. Daarenboven is het empirisch vaak zeer moeilijk om situaties met of zonder verzekeringsdekking te vergelijken, en dat is voor onomstotelijk bewijs van moreel risico wel nodig.

2.4 *Empirische houdbaarheid van de theorie, algemeen*

In de literatuur worden de gevaren van antiselectie en moreel risico steeds naar voren geschoven als de fenomenen die de efficiënte werking van verzekeringsmarkten bedreigen.

11 Zie (verwijzingen bij) Dionne 1981, p. 422-423, Dionne 2000, p. 153 e.v. Vgl. nog Parsons 2003, p. 448 e.v., Shavell 2005, p. 63 e.v., Schulenburg 2005, p. 282 e.v. en Baker 1996, p. 267 e.v. Voor Nederland over moreel risico bijv. Visscher 2006, p. 485 e.v., alsook Asser 7-IX*: Bijzondere Overeenkomsten: Verzekeringen, nr. 226 e.v.

12 Zie bijv. de recente discussie over het gevolg van toezicht op banken en depositogaranties voor risicozoekend gedrag van bankbestuurders (zie bijv. NRC Handelsblad 2 februari 2008, ‘Banken moeten failliet kunnen gaan’; vgl. Richardson 2006).

13 Pauly 1968, p. 531-537.

Antiselectie zou optreden wanneer door gebrek aan risicodifferentiatie verzekering relatief onaantrekkelijk wordt voor de goede risico's, zodat de verzekeraar alleen met slechte risico's blijft zitten, terwijl moreel risico het fenomeen is dat juist doordat de verzekerde zijn risico heeft kunnen afschuiven op de verzekeraar de kans dat het verzekerde risico zich voordoet, zal verhogen. Theoretisch zijn die fenomenen goed bekend en ook in de Nederlandse literatuur beschreven. Doel van deze paragraaf is om de empirische literatuur weer te geven die bestudeert in welke mate er daadwerkelijk bewijs is van antiselectie en een moreel risico en in hoeverre de rationele-keuzetheorie genuanceerd moet worden bij verzekeringen. We beginnen met dat laatste onderwerp (par. 2.5), daarna gaan we in op de kwestie of er werkelijk een antiselectiefenomeen is, althans volgens de empirische literatuur en wordt nagegaan of er enig bewijs is van pro-selectie (par. 2.7). Vervolgens wordt bekeken of er enig bewijs is van het moreel risico (par. 2.7). Daarna wordt kort verkend of en in welke mate verzekeraars de remedies die de theorie voorschrijven, ook daadwerkelijk toepassen (par.2.8).

2.5 *De vraag naar verzekering, in empirisch perspectief*

Wordt de mate van risicoaversie van de verzekeringnemer werkelijk bepaald door zijn drang naar nutsmaximalisatie? Was het maar zo eenvoudig. Empirisch onderzoek dat vooral werd uitgevoerd door gedragsdeskundigen zoals Slovic hebben aangetoond dat deze hypothese in de realiteit vaak niet klopt. Ook experimentele studies met betrekking tot het sluiten van verzekeringsovereenkomsten tonen dat ter beschikking stellen van informatie niet noodzakelijkerwijs tot nutsmaximalisatie leidt. Vertekende risicoperceptie door bekende verschijnselen als *availability bias*, maar ook *framing effects* (bijvoorbeeld door een eigen risico te veranderen in een kortingsregeling) kunnen tot verzekeringsbeslissingen leiden die in tegenspraak met het nutsmaximalisatiemodel zijn.¹⁴

Add-on verzekeringen

Berucht voorbeeld zijn de verzekeringen die als 'add-on' worden aangeboden bij de aankoop van een primair product, zoals het verzekeringsaanbod bij de aankoop van consumentenelektronica, waarbij verkopers slinks inspelen op het *endowment effect* bij de consument: hij wil zijn zojuist verworven aankoop natuurlijk niet kwijtraken en dat kan zijn inschatting van het risico op verlies en beschadiging en zijn behoefte aan een bijbehorende verzekering vertekenen. Uit onderzoek naar dergelijke verzekeringen blijkt dat de claims/premie-ratio zeer ongunstig voor verzekerden uitpakt, hetgeen impliceert dat er bij de aankoop iets structureel fout gaat.¹⁵ De oorzaak daarvan is wellicht gelegen in een combinatie van

¹⁴ Zie het overzicht bij Johnson e.a. 1993, p. 35-51.

¹⁵ Office of Fair Trading (OFT) 1997.

informatie-asymmetrie over de behoefte aan de verzekering en *endowment effect* aan de zijde van de consument.¹⁶

Rampenverzekeringen

Dat individuen zich niet altijd conform de hiervoor bedoelde theorie gedragen, wordt zeer duidelijk aangetoond in studies over rampenverzekering. In landen waar, anders dan in Nederland,¹⁷ verzekeringsdekking tegen bijvoorbeeld overstromingen beschikbaar is, wordt deze vaak niet genomen. Uit empirisch onderzoek blijkt een spectaculaire onderverzekering voor natuurrampen. Hierop wordt gewezen in vele publicaties van Kunreuther met betrekking tot watersnood.¹⁸ Hetzelfde werd vastgesteld met betrekking tot de verzekering tegen aardbevingen.¹⁹ Bewijs van een te beperkte vraag naar dekking bij rampen blijkt niet alleen uit Amerikaans empirisch onderzoek, maar werd ook in Europa vastgesteld, onder meer door Endres c.s. naar aanleiding van de overstroming van de Elbe in 2002 in Duitsland.²⁰

Naar aanleiding van de recente overstroming na Hurricane Katrina in Louisiana werd vastgesteld dat in sommige wijken slechts 7,3% van de bewoners verzekerd was. In New Orleans had slechts 40% van de bewoners een verzekering via het National Flood Insurance Program.²¹ Opvallend is tevens dat na de Northridge-aardbeving in California in 1994 (die meer dan 15 miljard USD in verzekerde schade veroorzaakte) een groot aantal burgers een aardbevingsverzekering nam. Echter, nauwelijks een maand na de aardbeving, toen het leven zijn normale gang hervatte, werd een groot deel van deze polissen weer beëindigd.²² Acht jaar na de aardbeving was de verzekeringsgraad zelfs gedaald tot 15%.²³ Andere cijfers, bijvoorbeeld ook uit Italië, wijzen in dezelfde richting.²⁴ En ook na de recente tsunami van maart 2011 in Japan bleek dat het aantal huishoudens dat door verzekering tegen aardbevingen gedekt was ondanks het hoge aardbevingsrisico in Japan slechts rond de 25% bedroeg.²⁵

Deze empirische bevindingen lijken op het eerste gezicht de grondslag te ontnemen aan de klassieke welvaartseconomische hypothese die ervan uitgaat dat individuen een

16 Waarbij overigens vermeld moet worden dat over het 'endowment effect' en het bewijs van het bestaan van dat effect het laatste woord nog niet gesproken is; zie bijv. Zeiler & Plott 2005, p. 530 e.v.

17 Zie Faure & Hartlief 2006a.

18 Zie bijvoorbeeld Kunreuther 1996, p. 171-187, Kunreuther & Pauly 2004, p. 5-21 en Zeckhauser 1996, p. 113-140.

19 Kunreuther e.a. 1992, p. 60-68.

20 Endres e.a. 2003, p. 284-294.

21 Zie Kunreuther 2006, p. 175 e.v.

22 Aldus R.L. Rabin & S.H. Bratis, 'United States', in: Faure en Hartlief 2006b, p. 303-360.

23 Aldus Risk Management Solutions, *The Northridge California Earthquake: A Ten Year Retrospective*, May 2004.

24 Zie A. Monti & F.A. Chiaves, 'Italy', in: Faure & Hartlief 2006b, p. 145-194.

25 Zie Japan Earthquake Reinsurance Company Annual Report, p. 14. Zie ook Faure & Liu 2012, p. 26.

vraag naar verzekering zullen hebben wanneer dat hun verwacht nut verhoogt.²⁶ *Ex ante* zou een dergelijke verzekering tegen schade veroorzaakt door rampen het verwacht nut van bijvoorbeeld de bewoners van Louisiana of Californië zeker verhogen. Deels kan voor het achterwege blijven van verzekering nog een verklaring worden gevonden binnen het klassiek welvaartseconomisch paradigma door te betogen dat burgers geen verzekeringsdekking nemen, omdat zij onvoldoende geïnformeerd zijn over hetzij een mogelijke blootstelling aan risico's, hetzij de beschikbaarheid en potentiële voordelen van verzekering. Dit zou dan aansluiten bij de hypothese dat individuen niet volledig geïnformeerd zijn en derhalve niet overeenkomstig hun preferenties een vraag naar verzekering kunnen ontwikkelen. Het klassieke antwoord dat daarop dan vanuit reguleringsperspectief wordt geboden, is om via de overheid informatie over de risico's en de beschikbaarheid van verzekering te ontsluiten.²⁷

Gedragswetenschappelijke inzichten

Empirisch onderzoek lijkt deels ondersteuning te bieden voor de vermelde informatiegebreken ten gevolge waarvan individuen klaarblijkelijk niet in staat zijn tot een besluitvorming te komen aangaande hun vraag naar verzekering op een wijze die hun verwacht nut zou maximaliseren.²⁸ Slovic en andere psychologen hebben via experimenten gewezen op de beperkte mogelijkheden van individuen om tot optimale besluitvorming te komen ten gevolge van de *biases* waaraan individuen zijn blootgesteld.²⁹ Echter, het empirisch bewijs inzake de reactie na de Northridge-aardbeving toont reeds aan dat het bieden van aanvullende informatie over ongevalrisico's waaraan individuen staan blootgesteld niet altijd helpt om individuen in staat te stellen adequate keuzes te maken inzake de vraag naar verzekering.³⁰ Het empirisch onderzoek lijkt er daarentegen op te wijzen dat er nog andere redenen zijn waarom individuen geen vraag naar verzekeringsdekking hebben tegen (bijvoorbeeld natuur)rampen, ook wanneer dat hun verwacht nut zou verhogen. Individen prefereren in die gevallen *ex ante* een onzekere toekomstige schade in plaats van de zekere schade die bestaat uit het betalen van een premie. Verzekering wordt door de verzekeringnemer beschouwd als een investering. Wanneer hij een verzekering afsluit voor een risico met een relatief hoge waarschijnlijkheid, maar lage schade is er een behoorlijke kans dat er ooit wel eens gebruik van zal worden gemaakt (bijvoorbeeld bij brandverzekering). Het probleem bij rampenverzekering is dat de probabiteit van dergelijke risico's vaak zodanig laag is, dat het individu het risico loopt zijn gehele leven een premie te betalen, terwijl hij

26 Voor andere voorbeelden en voor een verklaring van dit fenomeen, zie Schwarcz 2010, p. 26.

27 Zie desbetreffend in het algemeen Schwartz & Wilde 1979, p. 630-682.

28 Voor een samenvatting, zie Schwarcz 2010, p. 30-38.

29 Zie desbetreffend uiteraard het inleidende hoofdstuk bij dit boek, alsook de vele bijdragen in Slovic 2000. Vgl. ook Korobkin & Ulen 2000, p. 1069 e.v.

30 Zie hiervoor noot 22. Vgl. ook de gegevens bij Browne & Hoyt 2000, p. 291 e.v.

mogelijks nooit van de verzekering zal 'profiteren', zodat de 'investering' niets heeft opgebracht. Het gevolg van dit psychologisch fenomeen is dat individuen niet bereid zijn een verzekeringsdekking te nemen voor risico's met een lage waarschijnlijkheid, maar een relatief hoge schade.³¹ Hierbij lijkt ook in de risico-inschatting door individuen de *salience* van het risico een rol te spelen: als een recente ramp vers in het geheugen ligt, wordt de vraag naar verzekering groter en zij neemt af als de ramp verder in het verleden komt te liggen.³²

Andere literatuur wijst er dan weer op dat de beperkte vraag naar verzekering voor rampen ook samen zou hangen met het feit dat politici ten gevolge van het grote aantal slachtoffers dat door rampen wordt getroffen steeds geneigd zullen zijn *ex post* overheidssteun te bieden. Ten gevolge daarvan zouden burgers systematisch op deze overheidssteun gaan rekenen en derhalve niet langer een vraag naar verzekering ontwikkelen.³³ Er lijkt enig beperkt empirisch bewijs voor deze stelling te bestaan, aangezien in het Verenigd Koninkrijk nauwelijks overheidssteun aan slachtoffers van rampen wordt geboden en aldaar een zeer hoge verzekeringsgraad (voor overstromingsrisico) bestaat, terwijl bijvoorbeeld in Italië de overheid jaarlijks miljarden aan steun toekent aan slachtoffers van rampen en de verzekeringsdekking dan ook relatief beperkt is.³⁴ Kunreuther stelt daarentegen dat er geen bewijs is waaruit zou blijken dat individuen weigeren een verzekeringsdekking te nemen, omdat zij ervan uitgaan dat zij in elk geval door de overheid schadeloos zullen worden gesteld.³⁵ Interessant is wel dat de theoretische literatuur suggereert dat de vraag naar verzekering derhalve ook wordt beïnvloed door het feit dat verzekerden zouden rekenen op de vraag of zij al dan niet van financiering via de overheid kunnen uitgaan, maar veel empirisch bewijs ter ondersteuning van deze hypothese is er niet.

Wel blijkt duidelijk uit de aangehaalde empirische literatuur met betrekking tot de verzekering van rampen dat de vraag naar verzekering klaarblijkelijk niet verloopt conform het klassieke welvaartseconomische model: door gedragswetenschappelijk verklaarbare fenomenen wordt immers de rampenverzekering niet afgesloten, terwijl dit het verwachte nut potentieel wel zou verhogen.

Er is nog meer kritiek vanuit empirisch perspectief op de klassieke welvaartseconomische verklaring voor de vraag naar verzekering. Deze literatuur heeft betrekking op de vraag naar verzekering voor het leven van kinderen. In een interessante studie toont sociologe

31 Schoemaker & Kunreuther 1979, p. 603-618 en Slovic 2000, p. 62-71. Vgl. ook het experiment van McClelland e.a. 1993, p. 95-116.

32 Zie hiervoor noot 22.

33 Dit wordt onder meer sterk betoogd door Epstein 1996, p. 287-308 en door Harrington 2000, p. 40-46, maar ook door Raschky & Weck-Hannemann 2007, p. 321-329 en door Trebilcock & Daniels 2006, p. 103, die stellen 'FEMA provides disaster relief that is generous enough to dissuade many people from purchasing insurance protection'.

34 Zie M. Faure, 'Comparative and Policy Conclusions', in: Faure & Hartlief 2006b, p. 389-452.

35 Zie Kunreuther e.a. 1978 en Kunreuther 2006a, p. 208-227.

Viviana Zelizer aan dat toen in de VS aan het einde van de negentiende eeuw een levensverzekering voor kinderen werd ontwikkeld, dit oorspronkelijk inderdaad gezien kon worden binnen het klassieke welvaartseconomische perspectief: de verzekering diende voornamelijk om economische verliezen van de ouders in geval van overlijden van een kind te dekken en had onder meer een belangrijke rol als verzekering voor de begrafenis-kosten bij de minder gegoede families. Echter, ook nadat deze primaire economische noodzaak van een levensverzekering voor kinderen wegviel, bleef het fenomeen van de levensverzekering voor kinderen bestaan.³⁶ Vanuit een economisch perspectief kan de verzekering van kinderen als irrationeel worden bestempeld; volgens Zelizer is deze verzekeringspolis echter nog steeds populair vanuit de gedachte dat daarmee de emotionele waarde van het kind zou worden verzekerd.³⁷ Een verwant onderzoek van Hsee en Kunreuther toont de invloed van een affectieve verhouding van individuen tot objecten op verzekeringsbeslissingen: hoe meer men is gehecht aan het object, des te groter de bereidheid om het object te verzekeren, ook als de verzekerde som gelijk blijft.³⁸

Conclusie

Samenvattend levert dit empirische materiaal een behoorlijke kritiek op de klassieke welvaartseconomische uitgangspunten die ervan uitgingen dat een individu steeds een verzekering zal nemen wanneer dit zijn verwacht nut in economische termen verhoogt, maar ook alleen dan. Het voorbeeld van de rampenverzekering laat zien dat verzekering soms niet wordt afgesloten terwijl dit het verwachte nut wel zou verhogen, terwijl omgekeerd (bij levensverzekering voor kinderen) verzekering wel wordt afgesloten, ook als dit het verwachte economisch nut niet kan verhogen. De inmiddels aanzienlijke gedragswetenschappelijke literatuur op dit terrein biedt een genuanceerde verklaring voor dit fenomeen en kan derhalve een belangrijke aanvulling bieden ter verklaring van de totstandkoming van de vraag naar verzekering. Deze vaststellingen bieden ook ondersteuning aan de kritiek die in recente economische literatuur is geformuleerd op de hypothese dat mensen uitsluitend nutsmaximalisatie zouden nastreven en dat de economie dan ook een verhoging van de maatschappelijke welvaart zou moeten nastreven. Recente publicaties betogen dat mensen veeleer 'geluk' nastreven en onderzoeken het belang daarvan voor de economische analyse³⁹ en voor kosten-batenanalyses.⁴⁰

Overigens moet worden benadrukt dat ook in de theoretische verzekeringseconomische literatuur in toenemende mate rekening wordt gehouden met de gedragswetenschappelijke inzichten. Zo wordt in een recente studie door Sung en co-auteurs aandacht besteed aan

36 Zie daarover verder ook bij Schwarcz 2010, p. 28-30.

37 Zelizer 1981, p. 1036-1056.

38 Hsee & Kunreuther 2000, p. 141-159.

39 Zie bijvoorbeeld Frey & Stutzer 2002, p. 1 e.v., en Frey & Stutzer 2005, p. 207-228.

40 Zie Adler & Posner 2007.

de vraag hoe het komt dat verzekerden vaak in de praktijk een beperkte vraag naar verzekeringsdekking hebben en dus een limiet op de verzekeringsdekking vragen, terwijl dit vanuit de klassieke benadering moeilijk te verklaren is. Sung en co-auteurs bieden, gebruikmakend van de gedragswetenschappelijke inzichten, ook een mathematische modellering voor de verklaring van dit gedrag.⁴¹

Een volgende vraag zou uiteraard nog zijn in hoeverre met deze literatuur dan ook rekening dient te worden gehouden op beleidsmatig vlak en in hoeverre dan bijvoorbeeld verzekering voor rampen verplicht zou moeten worden gesteld of andersom levensverzekering voor kinderen juist verboden zou moeten worden. Dit zijn fundamentele vragen met betrekking tot de normatieve waarde van het economisch model, waar we hierna in par. 2.6 slechts een bescheiden bijdrage aan kunnen leveren.⁴²

2.6 *Anti-selectie of pro-selectie: empirisch bewijs?*

Antiselectie (en hetzelfde geldt eigenlijk voor moreel risico) is in zekere zin vergelijkbaar met Yeti, de verschrikkelijke sneeuwman: velen geloven in zijn bestaan, maar slechts een enkeling heeft hem echt gezien. Empirisch bewijs van antiselectie is namelijk moeilijk te verkrijgen.⁴³ Soms is het bewijs redelijk overtuigend.⁴⁴ Aangezien antiselectie een probleem van informatieasymmetrie is, wordt als methode om antiselectie empirisch aan te tonen, vaak gekozen voor onderzoek naar een positieve correlatie tussen risiconiveau en de hoeveelheid verzekeringsdekking die aangekocht wordt.⁴⁵ Met deze methode volgt een nogal diffuus beeld, zoals de volgende tabel aangeeft:

Geen antiselectie aangetoond:	Wel antiselectie aangetoond:
– Levensverzekeringen in de VS ⁴⁶	– Lijfrente verzekeringen in het VK ⁴⁹
– Motorrijtuigverzekering in Frankrijk ⁴⁷	– Oogstverzekeringen in de VS ⁵⁰
– Zorgverzekeringen in de VS ⁴⁸	– Zorgverzekeringen in de VS ⁵¹

41 Sung e.a. 2011, p. 418-428.

42 Voor een aanzet tot beantwoording van deze vragen met betrekking tot de (verplichte) verzekering tegen rampen, zie Faure 2007, p. 339 e.v.

43 Voor een recent overzicht van de empirische literatuur, zie Cohen & Siegelman 2010, p. 39-84.

44 Thomas 2007, p. 105 e.v. Zie het fraaie overzicht van studies bij Siegelman 2004, p. 1223 e.v.

45 Overigens zijn economen nog bezig met het ontwikkelen van varianten, verfijningen en tegenhangers bij deze methode; zie bijv. Huang e.a. 2006.

49 Finkelstein & Poterba 2004, p. 183 e.v.; Finkelstein & Poterba 2006.

46 Cawley & Philipson 1999, p. 827 e.v.

47 Chiappori & Salanie 2000, p. 56 e.v.

50 Makki & Somwaru 2001, p. 685 e.v.

51 Cutler & Zeckhauser 1997.

48 Cardon & Hendel 2001, p. 408 e.v.

Er is kortom geen onomstotelijk bewijs van de invloed van antiselectie.⁵² Overigens is het niet eenvoudig om het gebrek aan bewijs van antiselectie te duiden. Het kan zijn dat verzekeren wel superieure informatie hebben, maar deze niet gebruiken kunnen (denk aan: *bounded rationality* in de consumentenmarkt) of willen (denk aan: transactiekosten van wisselen van verzekeraar te hoog).⁵³

Het lijkt nogal van de betreffende verzekeringsmarkt af te hangen of het een groot dan wel klein gevaar is waar beleidsmakers en juristen rekening mee moeten houden. Als het bewijs van antiselectie moeilijk te leveren is, dan geldt dat ook voor de antiselectiespiraal van premieverhogingen, dekkingsuitsluiting en terugtrekkende verzekeraars. Natuurlijk zijn de fenomenen van premieverhoging, dekkingsuitsluiting en terugtrekkende verzekeraars als zodanig zeer bekend, maar het is dus de vraag of de oorzaak daarvan in antiselectie gelegen is. Dat is theoretisch wel plausibel, maar de correlatie is niet eenvoudig empirisch aan te tonen.⁵⁴

De vervolgvraag is nu of er bewijs is te leveren van de stelling dat zich juist het tegenovergestelde van antiselectie zou voordoen bij het aangaan van verzekeringsovereenkomsten, namelijk *proselectie*. Tot op zekere hoogte is dat bewijs er inderdaad. Er is in elk geval solide bewijs van proselectie waar het gaat om motorrijtuigverzekeringen. Uit onderzoek – onder andere uitgevoerd in landen waar een Wet Aansprakelijkheid Motorrijtuigen (WAM)-verzekering niet verplicht maar vrijwillig is⁵⁵ – blijkt dat degenen die zich niet verzekeren grotere ongevalsgeneigdheid vertonen. Omgekeerd wordt daaruit afgeleid dat degenen die zich wel verzekeren, de verzekering minder hard nodig hebben.⁵⁶ Concreet is bijvoorbeeld aangetoond een positieve correlatie tussen het hebben van een zorgverzekering en het gebruik van beschermingsmiddelen (helm, autogordel), en een positieve correlatie tussen het aankopen van die verzekering en niet rijden na gebruik van alcohol. Ook is er enig bewijs dat personen die een levensverzekering kopen een langere levensverwachting hebben dan degenen die deze niet kopen.⁵⁷

52 Eisenhauer 2004, p. 166. In de woorden van Cohen & Siegelman: 'We are on solid ground in believing that such a correlation does exist in some markets and policy pools but not in others' (Cohen & Siegelman 2010, p. 41). Zij betogen dus dat er in bepaalde markten bewijs van antiselectie is, maar zeker niet in alle.

53 Over dergelijke invloeden op verzekeringsbeslissingen bijv. Thomas 2007, p. 117 e.v.

54 Thomas 2007, p. 115.

55 Zoals bekend zijn WAM-verzekeringen in Europa verplichte verzekeringen en is onverzekerd rijden strafbaar gesteld. Een alternatieve, weinig succesvolle reguleringsvorm (Californië 1999) is die waarbij premies voor automobilisten met een laag inkomen wettelijk gemaximeerd worden; vgl. Jaffee & Russell 2002, p. 209.

56 Overigens lost dit niets op als het waar is dat de ongevallen die onverzekerde automobilisten veroorzaken, veelal in verband staan met ernstige verkeersovertredingen zoals dronken rijden. Ook als zij wél een verplichte WAM-verzekering hadden afgesloten, dan nog zouden zij voor dit soort ongevalsveroorzaking ongedekt zijn.

57 Vgl. Cawley & Philipson 1999, p. 827 e.v.; Mahdavi s.d., p. 3. Zie ook Li e.a. 2007, p. 441 e.v., die een verband aantonen tussen het kiezen van een hoger eigen risico en voorzichtiger rijgedrag.

Proselectie zegt dus iets over de persoonskenmerken en de bijbehorende verzekeringsvraag.⁵⁸ Om naar een verband tussen die vraag en de persoon van de (on)verzekerde te zoeken wordt wel gebruikgemaakt van een eigenschap van de (on)verzekerde die onbekend is bij de verzekeraar. Zo toont een Amerikaanse studie een positieve correlatie aan tussen het niet dragen van een autogordel, het niet hebben van een zorgverzekering en het niet betalen van ziekenhuisrekeningen.⁵⁹

Als inderdaad juist is dat personen die meer dan anderen risicoavers zijn ten aanzien van de financiële gevolgen van bijvoorbeeld zaakschade en letsel, ook voorzichtiger zijn in het voorkomen van dergelijke schade, dan zijn dergelijke personen uiteraard zeer aantrekkelijke klanten: ze willen graag een verzekering en ze claimen zelden.⁶⁰ Mogelijk versterkend effect hierbij is het gegeven dat sommige empirische studies aantonen dat hoe risicoaverser iemand is, des te groter is ook de overschatting van zijn risico op schade.⁶¹

In de literatuur wordt aangegeven dat het plausibel is dat proselectie minder sterk is dan antiselectie; of dat over de gehele breedte van het verzekeringsveld geldt, durven wij niet te beweren. Wel lijkt het juist om te stellen dat als proselectie in sterke mate optreedt, verzekeraars een bijzonder gunstige claims/premie-ratio kunnen realiseren en de betreffende verzekering vooral gekocht wordt door mensen die hem niet (althans minder) nodig hebben.⁶²

2.7 *Moreel risico: empirisch bewijs?*

Er is al lang discussie over de invloed van verzekeringen op het gedrag van de verzekerde na het sluiten van de overeenkomst. Aardig om te constateren is dat de discussie over de empirische houdbaarheid van moreel risico bijvoorbeeld al in de negentiende eeuw speelde, namelijk ten aanzien van kinderverzekeringen. In Engeland werd wel gesteld dat ouders in geldnood een belang hadden bij het ombrengen van hun kinderen, gezien het hoge

58 Vgl. bijvoorbeeld het beeld van de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt: verzekerden die voor een zorgverzekering met een laag eigen risico kiezen, hebben relatief vaker een aanvullende verzekering (en andersom; Smit & Mokveld 2006, p. 14. Als nu ook zou blijken dat deze personen minder zorg consumeren, zou er in elk geval correlatie zijn, maar causaliteit is daarmee uiteraard niet bewezen.

59 Clyde e.a. 1996, p. 100 e.v.

60 Als hun risicoaversie bovendien ook gecorreleerd kan worden aan hun creditscore (zijn het spaarzame types, lenen ze niet overmatig, en meer van dit soort gegevens), dan zou een verzekeraar omgekeerd risicodifferentiatie voor – laten we zeggen – een autoverzekering kunnen baseren op het leengedrag van de verzekerde (als hij over die gegevens zou beschikken). Een zekere positieve correlatie tussen inkomen en risicoaversie wordt aangetoond door Cohen & Einav 2007, p. 745 e.v.

61 Dat lijkt althans te volgen uit Andersson & Lundborg 2007, p. 67 e.v.

62 Vgl. daarover bijv. Office of Fair Trading (OFT) 1997. Overigens wil een voor verzekeraars gunstige claims/premie-ratio niet per definitie zeggen dat van proselectie sprake is. Die kan ook worden veroorzaakt door gebrekkige kennis van verzekerden van hun behoefte aan de verzekering of van de dekkingsvoorwaarden, of door agressieve verkooptactieken.

percentage (80%) van het aantal levensverzekeringen dat op het leven van kinderen was afgesloten. Sommigen pleitten daarom voor een verbod op dergelijke verzekeringen. Verzekeraars stelden daar tegenover dat het vooral de welgestelden en respectabele klassen in de maatschappij waren die dergelijke verzekeringen aankochten en dat er dus weinig vrees was voor een verhoogd risico van infanticide.⁶³

Er is ook vandaag de dag weinig hard en generaliseerbaar bewijs van moreel risico. Het lijkt erop dat het – net als bij antiselectie – nogal van de betreffende verzekeringsmarkt afhangt of moreel risico een groot dan wel klein gevaar is waar beleidsmakers en juristen rekening mee moeten houden.⁶⁴ Zo is er Amerikaans en Canadees onderzoek naar moreel risico bij *workers' compensation* (vergelijk onze Ziektewet oude stijl, loondoorbetalingsplicht) bestaande uit *ex ante* moreel risico in de zin van verminderde zorgvuldigheid van werknemers op de werkvloer en *ex post* moreel risico in de zin van het veinzen van (voortdurende) arbeidsongeschiktheid.

Of dergelijk welvaartsverlies ook bij gewone verzekeringsvormen optreedt, is ons niet bekend.

Dionne en St-Michel (1991) leveren bijvoorbeeld bewijs – dat in andere studies ook wordt aangetoond – van moreel risico bij een *workers' compensation*-systeem in de zin dat bij het verhogen van de vergoedingsbedragen (% van het loon) de herstelduur bij moeilijk te diagnosticeren aandoeningen (zoals rugklachten) toeneemt.⁶⁵ Ander onderzoek toont dat vergroting van de verzekeringsdekking (duur, vergoedingsniveau) positief gecorreleerd is aan het aantal ongevallen c.q. ziekteverzuim.⁶⁶ Van Amerikaans onderzoek is bekend dat moreel risico niet alleen verschuiving van kosten teweegbrengt (in ons geval dus naar verzekeraars toe), maar bovendien remmend zou kunnen werken op productiviteit.⁶⁷

Genuanceerder is de uitkomst van ander onderzoek dat bij eenzelfde ziektekostenverzekering wél moreel risico kon aantonen voor huisartsenbezoek – waar een relatief lage drempel voor gedragsverandering bestaat – en niet voor ziekenhuisopname. Dergelijk onderzoek suggereert dat het moreel risico groter is naarmate de drempel voor consumptie van de verzekeringsprestatie lager is.⁶⁸ Mogelijk is de uitkomst van deze onderzoeken ook relevant voor de vraag of het moreel risico groter is bij verzekeringen die medisch niet

63 Zie over e.e.a. Strange 2005, p. 231 e.v. en Wohl 1983, p. 34 e.v. Vgl. Zelizer 1985/1994, p. 73 e.v.

64 Chiappori 2000a, p. 371.

65 Dionne & St-Michel 1991, p. 236. Vgl. ook de resultaten van Cummins & Tennyson 1996, p. 29 e.v.; Bolduc e.a. 2002, p. 623 e.v.; Butler & Worrall 1991, p. 191 e.v. Vgl. de afwijkende uitkomsten bij Baril & Lanoie 1996.

66 Zie het overzicht bij Fortin & Lanoie 2000, p. 421 e.v. Vgl. Johansson & Palme 2005, p. 1879 e.v.

67 Butler e.a. 1998, p. 671 e.v.

68 Sapelli & Vial 2003, p. 459 e.v. Vgl. ook Vera-Hernández 2003, p. 670 e.v. Overigens geven Dave & Kaestner 2006 aan, dat moral hazard in de vorm van meer consumptie van huisartsendiensten voor 65-plussers onder het Amerikaanse Medicaid-regime overigens een positief gezondheidseffect heeft.

objectiveerbare aandoeningen dekken dan bij verzekeringen die alleen medisch objectiveerbare aandoeningen dekken.

Interessant is ook onderzoek naar de verzekeringsmarkt voor motorrijtuigen in de VS waaruit bleek dat de invoering van een verzekeringsplicht een zodanig moreel risico meebracht, dat het aantal dodelijke ongevallen op statistisch significante wijze steeg. Onverzekerde chauffeurs rijden, volgens dit onderzoek, ondanks het insolventieprobleem, veiliger dan verzekerden.⁶⁹ Volgens bepaalde studies is er dus wel degelijk bewijs voor het bestaan van moreel risico.

2.8 *Hoe reageren verzekeraars in werkelijkheid?*

Een essentiële vraag is uiteraard of verzekeraars in de praktijk de volgens de theorie voorgeschreven remedies⁷⁰ voor antiselectie en moreel risico daadwerkelijk toepassen en of dat dan ook tot een reductie van deze risico's leidt.⁷¹ Het klassieke antwoord op moreel risico is bijvoorbeeld dat de verzekeraar de verzekerde deels dient bloot te stellen aan risico (bijvoorbeeld door een eigen risico in te voeren) of de premie en polisvoorwaarden afhankelijk dient te maken van het gedrag van de verzekerde (bijvoorbeeld door een premieverhoging, verlaging van een premiekorting, of dekkingsbeperking/uitsluiting na ongeval). Interessant empirisch onderzoek van reeds meer dan twintig jaar geleden van onder meer Adams en Finsinger wees erop dat een gebrek aan controle van het moreel risico door de verzekeraar tot een stijging van het ongevalrisico zou kunnen leiden.⁷² Dat het voor verzekeraars van belang is om het moreel risico (waar dat bestaat) te controleren, is dus wel bekend, maar veel minder is bekend over de effectiviteit van specifieke maatregelen die door een verzekeraar worden genomen.

Risicoreductie door marktwerking

Het maatschappelijke belang moge overigens duidelijk zijn: zeker wanneer het moreel risico de aansprakelijkheidverzekering betreft, kan een ongecontroleerd moreel risico tot een verhoging van het ongevalrisico en dus tot hogere maatschappelijke onveiligheid aanleiding geven. Shavell wees er reeds op dat bij een ongecontroleerd moreel risico men verzekering beter zou kunnen verbieden, omdat een toename van het ongevalrisico het

⁶⁹ Cohen & Dehejia 2004, p. 357 e.v.

⁷⁰ Zie voor een samenvatting van deze literatuur Faure & Van den Bergh 1989a, p. 114-122; Faure & Hartlief 1998, p. 697 e.v. Vgl. kort Katzenmeier 2002, p. 1455-1456.

⁷¹ Van verzekeraarszijde wordt in elk geval benadrukt dat verzekeraars 'have found ways of dealing with the problem of moral hazards by implementing mechanisms that protect the insurance scheme from undue exploitation and bad risks' (Liedtke 2007, p. 217).

⁷² Adams 1985, Finsinger 1983 en Finsinger 1988.

gevolg zou kunnen zijn.⁷³ De eerder aangehaalde studies van Adams en Finsinger toonden ook aan dat in Duitsland waar verzekeraars ten gevolge van premieregulering onvoldoende prikkels hadden om het moreel risico behoorlijk te controleren, het aantal dodelijke verkeersongevallen *ceteris paribus* hoger was dan in het Verenigd Koninkrijk waar ten gevolge van de afwezigheid van dergelijke regulering en sterkere concurrentie op de verzekeringsmarkt verzekeraars betere prikkels hadden om het moreel risico behoorlijk te controleren.

Deze voorbeelden mogen het belang van een behoorlijke controle van het moreel risico voor de maatschappelijke veiligheid dan ook onderstrepen. Vandaar dat het uiteraard van belang is stil te staan bij empirische studies die de effectiviteit van een dergelijke controle hebben onderzocht.

Eigen risico en no-claimkorting

Eigen risico-regelingen worden ook vaak naar voren geschoven als wondermiddel ter reductie van overconsumptie in de gezondheidszorg. Een empirische studie in Duitsland van Agurzky en co-auteurs betreft een hervorming van de ziekteverzekering in Duitsland in januari 2004 waarbij een eigen risico van 10 euro bij een doktersbezoek werd ingevoerd voor patiënten die onder het publieke ziekenfondsstelsel vielen. Agurzky en zijn co-auteurs konden geen enkel statistisch significant effect van de invoering van dit eigen risico vaststellen wat betreft de eventuele reductie van het aantal doktersbezoeken.⁷⁴ Hiermee is, zo geven zij tegelijk aan, uiteraard niet bewezen dat een eigen risico per definitie een ineffectief middel is om het moreel risico te controleren. Het ligt, zo stellen de auteurs, eerder aan de structuur van het eigen risico in de Duitse stelselherziening van 2004: patiënten moeten het eigen risico van 10 euro klaarblijkelijk alleen betalen bij hun eerste doktersbezoek in één kwartaal. Wanneer het eigen risico zou worden toegepast bij elk doktersbezoek (ongeacht het aantal bezoeken) kan een positief effect op het aantal doktersbezoeken worden verwacht.

Van belang bij de bestrijding van moreel risico is dat ook rekening wordt gehouden met de *vormgeving* van de prikkel. Een jaarlijks eigen risico van 150 euro is financieel hetzelfde als een no-claimteruggave van 150 euro aan het eind van het jaar, maar de verzekeringnemer reageert er mogelijk verschillend op. De wijziging van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2008, waarbij de wetgever is overgestapt van een no-claimteruggave naar een eigenrisicoregeling, is bijvoorbeeld deels ingegeven door de overweging dat de no-claimteruggaveregeling te weinig remmende werking op (onnodige) zorgconsumptie zou hebben.⁷⁵ Bij een teruggave achteraf ziet de verzekerde, zo stelt de regering, pas achteraf het

73 Shavell 1986, p. 43-58.

74 Agurzky e.a., s.d., p. 1 e.v.

75 De CPB Notitie 'De invoering van een no-claimteruggaveregeling in de ZFW' d.d. 31 maart 2004 voorspelde nog (modelmatig) dat besparingen het gevolg zouden zijn van een no-claimteruggave. Maar ex post onderzoek wijst uit dat de no-claimteruggave nauwelijks effecten heeft gehad op de zorgconsumptie (Goudriaan e.a.

gevolg van zijn gebruik van medische voorzieningen. Ook de positieve prikkel die de no-claimteruggave geeft in plaats van een negatieve prikkel die in het algemeen van een eigen betaling uitgaat, draagt bij tot een geringere remmende werking, aldus de regering.⁷⁶ Of de invoering van het nu gekozen eigenrisicomodell wél prikkelt, is overigens nog maar de vraag.⁷⁷

Een voorbeeld van een studie waarin de afwijkende vormgeving van een eigen risico duidelijk gevolgen had voor consumptie, betrof de zogenoemde Medical Savings Account, waarbij de verzekerde een deel van de betaalde premie op een geblokkeerde rekening terecht zag komen (hij betaalt dus niet alleen risicopremie, maar ook spaarpremie en zodoende deelt hij voelbaar in het risico) en hij bij zorgconsumptie het bedrag dus daadwerkelijk moest uitgeven.⁷⁸ De verzekerde heeft er dan belang bij om het gespaarde geld te behouden en misschien is hij gemotiveerder om reeds gespaard geld te behouden dan om niet te consumeren teneinde een no-claimkorting te 'krijgen'. Wellicht is hier sprake van het *endowment effect*. Zoals wij hiervoor eds hebben toegelicht (zie par. 3.2) is dat het effect dat een reeds verworven object een grotere emotionele waarde krijgt door het loutere bezit ervan, waardoor men niet geneigd is om er weer afstand van te doen.

Onvoldoende differentiatie

Opvallend is dat in zorgverzekeringen in binnen- en buitenland inderdaad druk wordt geëxperimenteerd met verschillende instrumenten om het risico te beheersen. Buiten het terrein van de zorgverzekering levert het gebruik van dergelijke instrumenten een tamelijk gevarieerd beeld op. Bij sommige verzekeringen blijkt onthutsend weinig te worden ondernomen. In enkele interessante studies betreffende de verzekering van bestuurdersaansprakelijkheid (zogenaamde Directors' & Officers' Liability Insurance) onderzoeken Baker en Griffith in welke mate verzekeraars daadwerkelijk het moreel risico controleren, dat wil zeggen dat premies worden aangepast aan het feitelijke risico. Het antwoord op die vraag verscheen in twee separate studies. In een eerste studie, recent gepubliceerd in

2007). Hard bewijs dat dit effect wél bereikt zal worden met een eigenrisicoregeling is er overigens niet, er zijn wel modelmatige berekeningen van het CPB die in die richting wijzen (Kamerstukken II 2006/07, 31 094, nr. 6, p. 5).

76 Kamerstukken II 2006/07, 31 094, nr. 3, p. 1 e.v. (Wijziging van de Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag houdende vervanging van de no-claimteruggave door een verplicht eigen risico; zie de wettekst in Stb. 2007, 490). Overigens is de wetswijziging ook ingegeven door inkomenspolitieke overwegingen, die hier verder niet van belang zijn.

77 Er kan op worden gewezen dat het huisartsenbezoek van het eigenrisicoregime is uitgesloten, terwijl verwijzing naar specialistische hulp door de huisarts juist *niet* is uitgesloten, terwijl juist te verwachten valt dat het omgekeerde een beter 'remgeld'-effect zal hebben. De elastische consumptievraag naar huisartsenconsult lijkt namelijk meer aan moreel risico onderhevig dan de meer inelastische ziekenhuisvraag. Vgl. CPB 2004, p. 7 en Schut 2004, p. 471.

78 Over de Medical Savings Account als middel om moreel risico tegen te gaan bijv. Schreyögg 2004, p. 689 e.v.

The University of Chicago Law Review wordt nagegaan op welke wijze verzekeraars van bestuurdersaansprakelijkheid aan risicomanagement en premiedifferentiatie doen.⁷⁹ De auteurs stellen vast dat uit hun empirisch onderzoek blijkt dat verzekeraars wel degelijk pogen om *ex ante* bij de premiebepaling rekening te houden met het risico dat wordt gevormd door elke verzekerde bestuurder. In dat verband wordt door de verzekeraar een gedetailleerd onderzoek gedaan naar vooral de praktijken inzake de 'corporate governance'. Een effectief corporate governance beleid wordt dus beloond met een lagere premie. Echter, even opvallend is een tweede studie van Baker en Griffith waarin zij onderzoeken in welke mate diezelfde verzekeraars van bestuurdersaansprakelijkheid ook *de facto* het moreel risico ten gevolge van de verzekering controleren.⁸⁰ De opvallende conclusie van hun onderzoek is dat verzekeraars van bestuurdersaansprakelijkheid, in strijd met alle theoretische voorspellingen, het moreel risico niet controleren gedurende de loop van het verzekeringscontract. Zij betogen dat dit deels te maken heeft met zogenoemde *agency costs*, waaruit volgt dat het voor de verzekeraar relatief te veel zou kosten om het gedrag van de bestuurder op een gedetailleerde wijze te controleren. De conclusie van deze studies is derhalve dat *ex ante* (bij de aanvang van het verzekeringscontract) verzekeraars wel degelijk op basis van objectieve risico-elementen trachten het risico in te schatten en de premie dienovereenkomstig te bepalen, maar dat vervolgens het door verzekering gecreëerde moreel risico tijdens de duur van het verzekeringscontract niet wordt gecontroleerd. Baker en Griffith stellen dan ook dat de verzekering van de bestuurdersaansprakelijkheid de facto een negatief effect heeft op de voorkoming van schade aan de aandeelhouders.

Ook in eerder onderzoek was reeds vastgesteld dat verzekeraars om bepaalde redenen geen adequate controle van het moreel risico uitvoeren. In een studie uit 1987 met betrekking tot medische aansprakelijkheid in enkele landen in West Europa stelden Faure en Van den Bergh vast dat verzekeraars niet aan premiedifferentiatie doen en dat zelfs na een ongeval geen premieverhogingen plaatsvonden.⁸¹ De verzekeraars zouden zich niet in staat achten, althans niet bereid zijn, het individueel presteren van beoefenaars van vrije beroepen te controleren. Dergelijke problemen zouden ook vandaag nog steeds bij de verzekering van medische aansprakelijkheid een rol spelen, ten gevolge waarvan in veel West-Europese landen de klassieke verzekeraars zich geheel of gedeeltelijk van deze markt hebben teruggetrokken.⁸² Recent empirisch onderzoek laat ook zien dat een risicodifferentiatie op basis van het aantal ongevallen bij artsen zeer wel mogelijk is. Het in vele rechtstelsels bestaande systeem waarbij alle artsen een *gelijke* premie betalen, leidt echter tot een sterke negatieve herverdeling waarbij goede risico's relatief veel meebetalen aan de slechte risico's. Een vorm van risicodifferentiatie op basis van de ongevalsincidentie kan

79 Baker & Griffith 2007, p. 487-544.

80 Baker & Griffith 2007a, p. 1795-1843.

81 Faure & Van den Bergh 1989, p. 308-330.

82 Vgl., met verdere verwijzingen, Van Boom & Pinna 2007, p. 158 e.v.

bijdragen aan reductie van deze negatieve herverdeling tussen goede en slechte risico's en kan de neerwaartse spiraal van antiselectie stoppen.

Meer concurrentie niet altijd beter

In theoretische literatuur was ook aangegeven dat een goed werkende concurrentie op de verzekeringsmarkt van groot belang is om verzekeraars voldoende prikkels te geven het moreel risico behoorlijk te controleren.⁸³ Uit de eerder aangehaalde onderzoeken van Adams en Finsinger bleek reeds dat een gebrek aan concurrentie op verzekeringsmarkten (meer bepaald in Duitsland) ook *de facto* tot een verhoging van het ongevalrisico leidde. Toch bestaan er ook empirische studies die aangeven dat concurrentie op verzekeringsmarkten niet in alle omstandigheden betere resultaten oplevert dan een monopolie. Emons betoogde dat onder bepaalde omstandigheden de overheid superieure kennis kan hebben met betrekking tot de controle van het moreel risico, ten gevolge waarvan in sommige landen opstalverzekering door staatsmonopolies wordt aangeboden.⁸⁴ Hij bouwt daarbij voort op enkele interessante studies van Von Ungern-Sternberg, die had aangetoond dat bij opstalverzekering in Zwitserland na afschaffing van een staatsmonopolie en invoering van concurrentie zowel prijzen als ongevallen dramatisch stegen.⁸⁵ Hij toonde aan in een opvallende studie, waarbij het Verenigd Koninkrijk, Spanje, Frankrijk, Zwitserland en Duitsland werden vergeleken, dat competitieve verzekeringsmarkten bij opstalverzekering een beperktere dekking tegen hogere kosten boden. Eenzelfde resultaat volgt ook uit de studie van Emons. Zijn verklaring is dat bij opstalverzekering relatief hoge kosten door verzekeraars betaald zouden worden voor de risicodifferentiatie (naast o.a. reclamekosten!), terwijl een staatsmonopolie risicodifferentiatie tegen lagere kosten kan uitvoeren. Omdat de overheid, volgens Emons en Ungern-Sternberg bijvoorbeeld ook bij rampen, tegen lagere kosten risicodifferentiatie kan uitvoeren, betogen zij dat de overheid zich in een soort natuurlijk monopolie bevindt, waardoor bij bepaalde risico's een overheidsmonopolie betere resultaten kan genereren, ook wat betreft reductie van het ongevalrisico, dan een concurrerende verzekeringsmarkt.⁸⁶

3 DE RELEVANTIE VAN DE EMPIRISCHE BEVINDINGEN VOOR PRIVAATRECHT EN BELEID

Uit het hiervoor geboden overzicht blijkt dat de empirische bevindingen met betrekking tot de gedragsveronderstellingen die aan het verzekeringsrecht en de verzekeringseconomie

83 Voor een samenvatting van deze theoretische literatuur zie Faure & Van den Bergh 2000, p. 316-342.

84 Emons 2001, p. 247-269.

85 Von Ungern-Sternberg 1996, p. 1111-1121 en Von Ungern-Sternberg 2004.

86 Vergelijk Skipper Jr & Klein 2000, p. 482-504.

ten grondslag liggen niet bepaald een eenduidig beeld opleveren. De vraag rijst dan ook welke de beleidsconclusies zijn die hieraan kunnen worden verbonden. Ook op dit punt is voorzichtigheid natuurlijk geboden; immers, veelal bleek dat het empirisch materiaal vanuit de gedragswetenschappelijke literatuur niet steeds eenduidig in een welbepaalde richting wijst. Het lijkt ons daarom voorbarig om op dit ogenblik reeds harde beleidsmatige conclusies aan dit materiaal te verbinden. Het enige wat zeker wel geconcludeerd kan worden, is dat het empirisch materiaal dat wij hebben onderzocht in belangrijke mate klassieke veronderstellingen van de verzekeringseconomie en het verzekeringsrecht nuanceert. Minstens zou dit dan ook aanleiding moeten zijn om op die terreinen verder (empirisch) onderzoek uit te voeren. In deze paragraaf staan wij stil bij enkele van de themata uit het door ons onderzochte empirisch materiaal. Het zijn die themata die naar onze smaak nader empirisch onderzoek verdienen.

3.1 *De vraag naar verzekering*

De link tussen de vraag naar verzekering en nutsmaximalisatie en het recht is voor de hand liggend. Als de (privaatrechtelijke) wetgever het paradigma van nutsmaximalisatie centraal stelt, dan zal hij vooral werken aan transparante informatieverstrekking aan verzekeringnemers en reductie van transactiekosten (bijvoorbeeld zoekkosten). De consument kiest met volledige informatie altijd wat zijn nut maximaliseert, zo zal het idee dan zijn. En inderdaad valt op dat het overheidsbeleid ten aanzien van de financiële consument sterk gericht is op het verbeteren van zijn informatiepositie.⁸⁷ In de nieuwe titel 7.17 BW zal men overigens tevergeefs zoeken naar regulering van de informatieplicht van de verzekeraar. Een eerste aanknopingspunt is wel te vinden in de Wet financieel toezicht (Wft), waar artikel 4:20 bepaalt dat de verzekeraar (bij *direct writing*)⁸⁸ de consument informatie moet verschaffen die redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van het verzekeringsproduct.⁸⁹ Wij vermoeden dat deze bepaling lang niet de verstreckende betekenis heeft die deze vanuit gedragswetenschappelijke optiek zou kunnen hebben. Stel bijvoorbeeld dat van reisverzekeringen in ons land vaststaat dat de claims/premie-ratio 20% is (dat wil zeggen: van elke geïnde euro wordt slechts 20 eurocent weer uitgekeerd), terwijl bij de meeste consumentenverzekeringen dat percentage boven 50% ligt. Dit is vast niet een gegeven dat onder de algemene informatieplicht van artikel 4:20 Wft valt, maar voor de beoordeling van de noodzaak om een dergelijke verzekering af te sluiten, lijkt het wel

87 Daarover, met verdere verwijzingen, bijv. Van Boom e.a. 2007, p. 75 e.v.

88 Daarmee is de situatie bedoeld waarbij de consument rechtstreeks in contact is met een verzekeraar en niet via een tussenpersoon.

89 Daarover bijv. Wansink 2005, p. 117 e.v.; Asser 7-IX*; Bijzondere Overeenkomsten: Verzekeringen, nr. 128 e.v.; Vloemans e.a. 2007, p. 26-29.

degelijk van belang. Wij denken dat de informatieverplichting van (schade)verzekeraars hier nog wel enige ontwikkeling zal kunnen doormaken.⁹⁰

Ook regulering van de wijze waarop verzekeringen worden aangeboden – met name in consumentenmarkten, denk aan het voorbeeld van de ‘add-on’ verzekering – om tegenwicht te bieden aan bepaalde cognitieve *biases* van verzekeringnemers is door beleidsmakers in ons land nog nauwelijks ‘ontdekt’. Denkbaar is dat het aanbieden van ‘add-on’ verzekeringen alleen onder nadere voorwaarden toegestaan wordt. Dit lijkt ons nader onderzoek waard.⁹¹

Uiteraard bepaalt titel 7.17 BW wel iets over informatie-uitwisseling, maar dan met name over de informatie die de verzekeringnemer bij het sluiten van de overeenkomst moet geven aan de verzekeraar teneinde het risico te kunnen inschatten (zie art. 7:928 BW). Dit instrument is nuttig en nodig om antisectie tegen te gaan.⁹² Als wij de studies daarover echter correct interpreteren, dan kan het voor verzekeraars juist ook interessant zijn om schijnbaar irrelevante vragen te stellen die statistisch gezien wél relevant zijn om proselectie vast te stellen en die dus op verminderde schadegevoeligheid kunnen duiden. Ongetwijfeld zullen privacywetten en praktische bezwaren het verstrekken van dergelijke informatie bemoeilijken, maar voor een cascoverzekeraar zou mogelijkerwijs informatie over het leengedrag van de verzekeringnemer inzichtelijker kunnen zijn voor diens classificatie als voorzichtige rijder of brokkenpiloot.

3.2 *Belang bij de verzekering*

Naast uitwisseling van informatie om redenen van risicodifferentiatie is er de kwestie van nutsmaximalisatie en het afsluiten van een (sommen)verzekering zonder dat er financieel belang is bij het uitblijven van het verzekerd evenement. Als individuen niet alleen hun economische nutsmaximalisatie nastreven bij het afsluiten van verzekeringsovereenkomsten, welke implicaties heeft dit dan voor het belang-vereiste in het verzekeringsrecht? Enerzijds zou gezegd kunnen worden dat ook als men geen financieel maar wel een affectief belang

90 Het huidige Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft geeft voor schadeverzekeraars momenteel weinig relevante informatieplichten. Weten waar de verzekeer gehuisvest is, is natuurlijk wel van belang, maar een indicatie van de noodzaak om de verzekering af te sluiten lijkt ons belangrijker. Dat kan ook zonder concreet advies te geven.

91 Zoals dat op indrukwekkende wijze is gedaan door de Engelse Office of Fair Trading ten aanzien van de zgn. Payment Protection Insurance (een verzekering die consumenten aangeboden wordt bij het aangaan van bijv. een geldlening en creditcardovereenkomst en die beschermen zou tegen betalingsonmacht, maar in werkelijkheid nogal wat polisuitsluitingen en -beperkingen kent en die derhalve een lage claims/premiumratio kent. Zie Office of Fair Trading 2006 en de marktstudies van o.a. London Economics die het OFT daarop heeft aanbesteed.

92 De verzekeraar moet op grond van art. 7:929 BW direct iets doen met informatie die hem tijdens de looptijd van het contract bekend wordt en die de verzekeringnemer ten onrechte niet bij het aangaan van de overeenkomst heeft medegedeeld.

bij een persoon of zaak heeft, dit ook tot verzekeraar belang gerekend zou moeten worden als men meent dat het recht een ruime opvatting van nutsmaximalisatie moet toestaan. Anderzijds is wel gesteld dat het verzekeren van een persoon waar men geen financieel belang bij heeft, ongewenst zou zijn omdat het tot negatieve externaliteiten zou leiden.⁹³ Dat speelt bij de sommenverzekering die ook persoonsverzekering is, maar kan ook bij andere verzekeringen relevant zijn (denk aan een zonnenschijnverzekering die een bedrag ter compensatie van gederfde vakantievreugde uitkeert).

3.3 *Moreel risico*

Wat betreft het moreel risico is zonneklaar dat het verzekeringsrecht en de polispraktijk instrumenten aan verzekeraars geven om tegenwicht te bieden aan moreel risico.⁹⁴ Recent nog liet de Hoge Raad zich uit over een situatie van moreel risico, en stond hij toe dat de verzekeraar uitkering weigerde nu een beroep op het recht op uitkering in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht. Het betrof een aansprakelijkheidsverzekering van een gemeente. Deze had huur-overeenkomsten opgezegd en op grond van een voorlopige voorziening bij voorraad uitvoerbaar huurders uit hun woningen gezet en de woningen gesloopt teneinde van een bepaalde overheidssubsidie te kunnen profiteren. Toen vervolgens het kortgedingvonnis vernietigd werd en de gemeente door de huurders uit onrechtmatige daad aansprakelijk werd gesteld (het executeren van een niet-definitieve executoriale titel leidt per definitie tot aansprakelijkheid als nadien vernietiging van die titel plaatsvindt), beriep de gemeente zich op de 'fondsen' uit haar aansprakelijkheidsverzekering. De verzekeraar weigerde dekking, omdat de gemeente kort gezegd het risico op vernietiging voor lief had genomen in de wetenschap dat de verzekering de gevolgen zou afdekken. Dit is een prototypisch moreel risico-probleem en de Hoge Raad accordeert de analyse van de feitenrechter dat 'met een aansprakelijkheidsverzekering niet wordt beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen'.⁹⁵

93 Rea Jr. 1993, p. 147.

94 Interessant is dat de recente hervorming van het Duitse verzekeringsrecht het verval van dekking bij grove schuld heeft vervangen voor een *evenredige vermindering van de uitkering* (par. 81 Abs. 2 VVG; 'Führt der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbei, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen.'). Kritiek hierop is eenvoudig te formuleren: het evenredig reduceren lokt conflict uit bij afwikkeling, terwijl het als sanctie op moreel risico minder effectief zal zijn dan volledig verval van de uitkering. Vgl. Looschelders 2008, p. 1.

95 HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371 (Gemeente Eindhoven/Allianz Nederland Schadeverzekering). De uitspraak is ruimer dan alleen gevallen van opzet en roekeloosheid die tegenwoordig door art. 7: 952 BW gesanctioneerd worden met verlies van dekking.

Men kan zich overigens de vraag stellen of de Hoge Raad hier werkelijk bedoelt wat er lijkt te staan. Zoals we eerder bespraken, stelt nu juist de theorie, in bepaalde gevallen ondersteund door empirisch bewijs, dat het nemen van een verzekering per definitie tot een verstoorde afweging van belangen – in de zin van moreel risico – leidt bij de verzekeringnemer. Maar zo zal de Hoge Raad het niet bedoeld hebben, het ging hier kennelijk om een bewuste daad van afschuiven op de verzekeraar.⁹⁶

De vraag is overigens of *ex post* sanctionering van moreel risico ook tot sturing van gedrag *ex ante* leidt. De veronderstelling van wet en polispraktijk is kennelijk dat door het gedrag van de verzekerde te reguleren – variërend van opzetclausules, garantieclausules, schadebeperkingsplicht, eigen risico-af trek en zelfs het indenniteitsbeginsel – moreel risico wordt ingedamd. Het gaat hier om redelijk passieve instrumenten die betrekkelijk weinig *ex ante* kosten voor verzekeraars (zoals monitoring van gedrag) met zich brengen. De kosten worden met name *ex post*, na het verzekerd voorval, gemaakt, namelijk indien de verzekeraar bij de afwikkeling onderzoekt of de verzekerde gedaan of juist nagelaten heeft wat van hem verwacht mocht worden.⁹⁷

3.4 Antiselectie

Wat betreft antiselectie nog dit. In de Nederlandse verzekeringsmarkt – voor zover niet gereguleerd, zoals bij de zorgverzekering het geval is – wordt antiselectie tegengegaan, zo is althans de veronderstelling, door de markt zelf. Gedacht kan worden aan acceptatiebeleid, premie- en risicodifferentiatie, polisuitsluitingen. Te veel risicodifferentiatie kan verzekering onbereikbaar maken voor degenen die haar het hardste nodig hebben. Het laten voortbestaan van een zekere mate van antiselectie kan dan een bewuste keuze van de industrie zijn om bepaalde verzekeringen tot op zekere hoogte bereikbaar te houden voor bevolkingsgroepen die wél risico's lopen, maar niet in staat zijn om de bijbehorende premie op te brengen (kruissubsiëring).⁹⁸ In dergelijke situaties is er in feite sprake van zogenoemde 'regulatory adverse selection', omdat het in feite de regelgever is – onverschillig of dat nu formele wetgever is of de verzekeraars zélf door middel van zelfregulering – die de antise-

⁹⁶ Waarmee toch weinig anders dan een aan opzet grenzende vorm van moreel risico kan worden bedoeld die wellicht beter rechtstreeks onder het bereik van art. 7:952 BW gebracht moet worden.

⁹⁷ Overigens kan verwacht worden dat verzekeraars die de kosten van dergelijk onderzoek afzetten tegen de te verwachten opbrengsten (i.e., directe besparing door minder uitkering te doen, indirecte opbrengst van voorzichtiger gedrag) ertoe zullen overgaan om alleen bij substantiële schadebedragen dergelijk onderzoek te doen en bij kleinere bedragen zonder nader onderzoek tot uitkering over te gaan. Interessant zou zijn te onderzoeken of dit een juiste presumptie is en zo ja, welk gevolg dit dan heeft – gesteld dat het bekend is bij verzekeringnemers – op hun mate van voorzichtigheid ten aanzien van kleine schades c.q. polissen met kleine financiële belangen.

⁹⁸ Thomas 2007, p. 108.

lectie in het leven roept door een te ver doorgedreven risicodifferentiatie te verbieden.⁹⁹ Die strategie is in een redelijk functionerende markt van vrijwillige verzekeringen natuurlijk niet zonder begrenzing. Niettemin is soms zonneklaar dat verzekeraars bewust een blinddoek op houden en antiselectie toestaan vanwege de sociale functie van de betreffende verzekeringsvorm (bijv. levensverzekering voor personen besmet met het HIV-virus)¹⁰⁰ of vanwege een wettelijke acceptatieplicht (antidiscriminatieregelgeving; zorgverzekering). Soms ook is de betreffende markt zo statisch, dat overgaan tot premiedifferentiatie niet nodig lijkt om de simpele reden dat de klant nu eenmaal niet mobiel is en premieverhoging ook voor de slechte risico's blijft betalen.¹⁰¹

Invoeren van verplichte verzekeringen met minimale dekkingsomvang, zoals naar aanleiding van de rampen in Enschede en Volendam werd overwogen ten aanzien van de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering, kan dus wel een remedie zijn tegen antiselectie, maar het heeft mogelijk andere neveneffecten op het gedrag van verzekerden en verzekeraars.¹⁰² Een dergelijke verplichting kan namelijk een verminderde prikkel voor verzekeraars opleveren om echt werk te maken van premie- en risicodifferentiatie.¹⁰³ Er is wel enig empirisch bewijs voor de stelling dat verzekeraars die opereren in een niet optimaal concurrerende markt en die zich verzekerd weten van klandizie door een wettelijke verplichting voor burgers om verzekeringen af te sluiten, verminderde inspanningen verrichten om risicodifferentiatie toe te passen.¹⁰⁴

4 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Uitgangspunt van onze bijdrage was dat verzekering één van de terreinen is waarop rechtseconomische onderzoekers tot nu toe nog steeds vasthouden aan de neoklassieke veronderstellingen met betrekking tot het gedrag van mensen: een verzekeringsdekking zou alleen worden genomen wanneer dit *ex ante* het verwachte nut zou maximaliseren, bij antiselectie zouden alleen slechte risico's nog een vraag naar verzekering hebben en verzekering zou altijd tot het welbekende spook van de antiselectie leiden, waardoor

99 Faure 2007a, p. 81 e.v. De wetgever heeft ook in titel 7.17 BW dergelijke differentiatieverboden opgenomen; zie bijv. art. 940 lid 5 BW (verzwaring van gezondheidsrisico kan bij persoonsverzekering niet tot beëindiging of wijziging leiden).

100 Zie bijv. 'Verzekerbaarheid hiv dichterbij' (rapportage Verbond van Verzekeraars 2005). Vgl. ook Von Ungern-Sternberg 2004, p. 32-33 die erop wijst dat het wijzigen van premies als gevolg van verandering van risico-inschatting door verzekeraars soms sociaal onwenselijk kan zijn.

101 Von Ungern-Sternberg 2004, p. 81 stelt dat dit in consumentenmarkten eerder lijkt voor te komen dan in professionele markten.

102 Vgl. over verplichte verzekering in dit verband bijv. Faure & Hartlief 2006, p. 223 e.v.

103 Over criteria voor beleidsmakers ten aanzien van het al dan niet invoeren van verplichte verzekering bijv. Faure 2006, p. 149-168.

104 Cohen & Dehejia 2004, p. 357 e.v.

mensen het verzekerde risico zouden verhogen alleen doordat ze verzekerd zijn. In toenemende mate wordt echter, onder meer onder invloed van gedragswetenschappelijk onderzoek, duidelijk dat de geschetste fenomenen niet verlopen zoals de theorie voorspelt. Het vorenstaande bood een samenvatting van de inzichten in de literatuur ten aanzien van de vraag in welke mate deze klassieke veronderstellingen van het rechtseconomische gedachtegoed ook empirisch ondersteund kunnen worden.

Het empirisch materiaal dat wij onderzochten levert een tamelijk gedifferentieerd beeld op. Duidelijk is in ieder geval dat het klassieke welvaartseconomische uitgangspunt dat ervan uitgaat dat een individu een verzekering zal nemen wanneer dit zijn verwacht nut in economische termen verhoogt, niet altijd houdbaar is. Soms wordt een verzekering afgesloten, terwijl dit *ex ante* het verwacht economisch nut niet kan verhogen (levensverzekering voor kinderen), terwijl omgekeerd het verwacht nut verhoogd zou kunnen worden door een verzekering (bijvoorbeeld overstromingsverzekering), terwijl er toch van systematische onderverzekering sprake blijkt te zijn. Die bevindingen lijken vooral steun te bieden aan een tegenwoordig meer gehoorde kritiek op de klassieke welvaartseconomische uitgangspunten: mensen zouden nu eenmaal niet alleen een verhoging van hun economisch nut, maar veeleer andere zaken (zoals geluk) nastreven en daarbij ook niet altijd de veronderstelde rationele wegen bewandelen.

Wat het fenomeen van de antiselectie betreft, valt vooral op dat de verschillende studies die wij onderzochten een zeer gedifferentieerd beeld schetsen. Of er antiselectie is, lijkt heel erg van het type verzekering en de betreffende verzekeringsmarkt af te hangen. Er lijkt daarentegen juist meer bewijs te zijn van het tegenovergestelde fenomeen, namelijk de zogenoemde proselectie op basis waarvan juist de voorzichtige brave risicoaverse burger een vraag naar verzekering heeft. Er is enig empirisch bewijs dat het juist niet de slechte risico's zijn (zoals bij antiselectie wordt verondersteld), maar veeleer de goede die een vraag naar verzekering hebben. Deze vaststelling heeft uiteraard als belangrijke consequentie dat beleidsmakers en verzekeraars zich wellicht in het verleden te veel zorgen hebben gemaakt over het bestrijden van antiselectie. In markten waar van antiselectie geen sprake is of zelfs van proselectie sprake zou zijn, lijkt er weinig aanleiding om veel te investeren in een al te sterke aanpak van het fenomeen van de antiselectie.

Eenzelfde conclusie lijkt het fenomeen van het meer moreel risico te treffen. Toch moet daar gezegd worden dat (hoewel het empirisch onderzoek helaas beperkt is) de meerderheid van de onderzoeken toch steun lijken te bieden voor de hypothese dat het moreel risico bestaat, ook al geldt daar weer de nuance dat zulks afhankelijk is van het betreffende verzekeringsproduct en de verzekeringsmarkt. Wanneer de elasticiteit van de vraag sterker is (zoals bij huisartsbezoeken), zal moreel risico allicht een grotere rol spelen dan bij een

inelastische vraag (zoals bij ziekenhuisbezoek). Gerelateerd is uiteraard de vraag wat de verzekeraar nu *de facto* onderneemt om het moreel risico te bestrijden en hoe effectief de aangewende middelen zijn. Op dat vlak zijn de resultaten toch vrij onthutsend. Verzekeraars lijken de les van de welvaartseconomische voorspellingen niet serieus te nemen en differentiëren in verzekering veel minder dan op basis van de theorie aannemelijk zou zijn om moreel risico en antiselectie te bestrijden. Nu zou men allicht kunnen denken dat dit niet zo'n probleem is als er (afhankelijk van het verzekeringsproduct en de markt) ook relatief weinig empirisch bewijs voor antiselectie en het moreel risico is. Echter, juist op dat vlak is er wel weer sterk empirisch bewijs waaruit blijkt dat op markten waar verzekeraars te geringe inspanningen doen om via risicodifferentiatie verzekerden te prikkelen het verzekerde risico daadwerkelijk stijgt. Zowel ten aanzien van het verkeersrisico als met betrekking tot medische aansprakelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid bleek dat een te passieve houding van verzekeraars het ongevalrisico niet alleen kan, maar ook effectief doet toemen. Het moge duidelijk zijn dat die laatste onderzoeken tegelijk ook een empirische ondersteuning vormen voor het bestaan van een moreel risico. Tegelijk onderstrepen die onderzoeken ook weer eens het (wellicht vaak onderschatte) maatschappelijk belang van verzekering en van de rol van verzekeraars: doordat bij aansprakelijkheidsverzekering de controle van de maatschappelijke veiligheid in feite van het aansprakelijkheidsrecht naar de verzekeraar is verschoven, wordt de maatschappelijke veiligheid (uiteraard slechts ten dele, er is ook nog veiligheidsregulering) naar de verzekeraar verschoven. Wanneer die vervolgens (bijvoorbeeld door informatiegebreken of te sterke marktmacht) niet in staat zou zijn of zou weigeren de verzekerde risico's behoorlijk te controleren, leidt het fenomeen van verzekering – zoveel wordt wel duidelijk uit dat empirisch onderzoek – tot een verhoging van het maatschappelijke risico. De bestudeerde studies bieden dus minstens steun voor de stelling dat verzekeraars hun taak bij de controle van verzekerde risico's op het terrein van aansprakelijkheidsverzekering serieus dienen te nemen gelet op de taak die hun (vooral onder verplichte verzekering) wat betreft de maatschappelijke veiligheid is toegewezen.

Duidelijk moge ook zijn dat, zo onderstreepten wij in de vierde paragraaf van deze bijdrage, verzekeraars ook lessen kunnen trekken uit het beschikbare empirisch onderzoek op beleidsmatig vlak en meer bepaald wat betreft de invulling van het verzekeringsrecht. Bijvoorbeeld het succes van de zogenoemde 'add-on' verzekeringen is grotendeels te wijten aan het feit dat verzekeraars handig gebruik/misbruik kunnen maken van bepaalde cognitieve *biases* en zou vanuit dat oogpunt wel eens aan kritisch onderzoek vanuit beleidsmatig perspectief mogen worden onderworpen. Ook de inzichten over de relatie tussen antiselectie en proselectie zouden wellicht door verzekeraars kunnen worden gebruikt om na te gaan voor welke verzekeringsproducten en op welke verzekeringsmarkten specifieke reacties (bijvoorbeeld al dan niet verder doorgedreven risicodifferentiatie) aangewezen

zouden zijn. Duidelijk moge zijn dat uit het hiervoor beschreven onderzoek naar voren komt, dat juist op markten waar veeleer van proselectie dan van antiselectie sprake zou zijn minder argumenten voor een ver doorgedreven risicodifferentiatie bestaan. Dit biedt tegelijk ook steun aan hen die om uiteenlopende redenen (strijdigheid met gelijkheidsbeginselen, negatieve herverdeling enz.) toch al bezwaren hebben tegen een te ver doorgedreven risicodifferentiatie in verzekeringen, die de beschikbaarheid van verzekering voor bepaalde groepen problematisch zou kunnen maken.

Het voorgaande is niet uitputtend en het is evenmin overtuigend bewijs voor of tegen de theoretische presumpties in verzekeringsrecht en -economie. Maar wel is duidelijk dat de totstandkoming van de vraag naar verzekeringen (bij consumenten) niet altijd aan de theorie van nutsmaximalisatie gehoorzaamt, dat de presumptie van antiselectie niet altijd empirisch houdbaar is en dat moreel risico niet altijd, maar onder bepaalde voorwaarden wel degelijk kan optreden. Dat zijn belangrijke nuanceringen op theoretische presumpties. Verdere toetsing in concrete casus is naar onze mening in het belang van zowel beleidsmakers als van de verzekeringsindustrie.

LITERATUUR

Adams 1985

M. Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg: R. v. Decker's Verlag 1985.

Adler & Posner 2007

M.D. Adler & E.A. Posner, *Happiness Research and Cost-Benefit Analysis*, University of Chicago Olin Law and Economics Program, Research paper, 2007, p. 1-30.

Agurzký, Bauer & Schaffner

B. Agurzký, Th. Bauer & S. Schaffner, 'Co-Payments in the German Health System – Do They Work?' *RWI: Discussion Papers*, s.d., s.l., p. 43.

Andersson & Lundborg 2007

H. Andersson & P. Lundborg, 'Perception of own death risk', *Journal of Risk and Uncertainty* 2007, p. 67-84.

Arrow 1965

K. Arrow, *Aspects of the Theory of Risk-Bearing*, Helsinki: Yrjö Jahnssonin Säätiö 1965.

Baker 1996

T. Baker, 'On the Genealogy of Moral Hazard', *Texas Law Rev.* 1996, p. 237-292.

Baker & Griffith 2007a

T. Baker & S.J. Griffith, 'The Missing Monitor in Corporate Governance: The Directors' & Officers' Liability Insurer', *Georgetown Law Journal* 2007, p. 1795-1843.

Baker & Griffith 2007b

T. Baker & S.J. Griffith, 'Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market', *University of Chicago Law Review* 2007, p. 487-544.

Baker & Siegelman 2011

T. Baker & P. Siegelman, 'Law and Economics after the Behavioural Turn: Learning from Insurance', <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=1990570>.

Baril & Lanoie 1996

G. Baril & P. Lanoie, *Claims Reporting and Risk Bearing Moral Hazard in Workers' Compensation: The Canadian Context*, CIRANO Working Papers from CIRANO, 1996.

Bolduc, Fortin, Labrecque & Lanoie 2002

D. Bolduc, B. Fortin, F. Labrecque & P. Lanoie, 'Workers' Compensation, Moral Hazard and the Composition of Workplace Injuries', *The Journal of Human Resources* 2002, p. 623-652.

Van Boom, Van Doorn, Pape, Sujecki & Tuil 2007

W.H. van Boom, C.J.M. van Doorn, S.B. Pape, B. Sujecki & M.L. Tuil, 'Informatie en financiële dienstverlening aan consumenten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2007, p. 75-82.

Van Boom & Pinna 2007

W.H. van Boom & A. Pinna, 'Shifts from Liability to Solidarity: The Example of Compensation of Birth Defects', in: W.H. van Boom & M.G. Faure (red.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Vienna: Springer 2007, p. 143-180.

Browne & Hoyt 2000

M.J. Browne & R.E. Hoyt, 'The Demand for Flood Insurance: Empirical Evidence', *Journal of Risk and Uncertainty* 2000 p. 291-306.

Browne, Pryor & Puelz 2004

M.J. Browne, E.S. Pryor & B. Puelz, 'The Effect of Bad-Faith Laws on First-Party Insurance Claims Decisions', *Journal of Legal Studies* 2004, p. 355-390.

Butler, Delworth Gardner & Gardner 1998

R.J. Butler, B. Delworth Gardner & H.H. Gardner, 'More than cost shifting: moral hazard lowers productivity', *The Journal of Risk and Insurance* 1998, p. 671-688.

Butler & Worrall 1991

R.J. Butler & J.D. Worrall, 'Claims Reporting and Risk Bearing Moral Hazard in Workers' Compensation', *The Journal of Risk and Insurance* 1991, p. 191-204.

Cardon & Hendel 2001

J.H. Cardon & I. Hendel, 'Asymmetric Information in Health Insurance: Evidence from the National Medical Expenditure Survey', *The RAND Journal of Economics* 2001, p. 408-427.

Cawley & Philipson 1999

J. Cawley & T. Philipson, 'An Empirical Examination of Information Barriers to Trade in Insurance', *The American Economic Review* 1999, p. 827-846.

Chiappori 2000

P.-A. Chiappori, 'Econometric Models of Insurance under Asymmetric Information', in: G. Dionne (ed.), *Handbook of Insurance*, Boston: Kluwer Academic Publishers 2000, p. 365-393.

Chiappori & Salanie 2000

P. -A. Chiappori & B. Salanie, 'Testing for Asymmetric Information in Insurance Markets', *The Journal of Political Economy* 2000, p. 56-78.

Clyde, Hemenway & Nagurney 1996

A.T. Clyde, D. Hemenway & J. Nagurney, 'Seat Belt Use, Insurance Status, and Hospital Bad Debt', *Journal of Trauma-Injury Infection & Critical Care* 1996, p. 100-104.

Cohen & Dehejia 2004

A. Cohen & R. Dehejia, 'The Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Laws on Traffic Fatalities', *J. of L. & Ecs.* 2004, p. 357-393.

Cohen & Einav 2007

A. Cohen & L. Einav, 'Estimating Risk Preferences from Deductible Choice', *American Economic Review* 2007, p. 745-788.

Cohen & Siegelman 2010

A. Cohen & P. Siegelman, 'Testing for Adverse Selection in Insurance Markets', *The Journal of Risk and Insurance*, 2010, vol. 77, p. 39-84.

CPB 2004

CPB, *Het effect van de invoering van eigen betalingen in de ZFW (Notitie aan Ministerie VWS)*, Den Haag: CPB 2004.

Cummins & Tennyson 1996

J.D. Cummins & S. Tennyson, 'Moral hazard in insurance claiming: Evidence from automobile insurance', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 29-50.

Cutler & Zeckhauser 1997

D.M. Cutler & R.J. Zeckhauser, *Adverse Selection in Health Insurance*, National Bureau of Economic Research Working Paper, 1997.

Dave & Kaestner 2006

D. Dave & R. Kaestner, 'Health Insurance and ex ante moral hazard: evidence from medicare', *NBER working paper series (Working Paper 12764)* 2006.

Deweese, Duff & Trebilcock 1996

D. Deweese, D. Duff & M. Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law – Taking the facts seriously*, New York: Oxford University Press 1996.

Dionne 1981

G. Dionne, 'Moral Hazard and Search Activity', *The Journal of Risk and Insurance* 1981, p. 422-434.

Dionne 2000

G. Dionne, *Handbook of Insurance*, Boston: Kluwer Academic Publishers 2000.

Dionne & St-Michel 1991

G. Dionne & P. St-Michel, 'Workers' Compensation And Moral Hazard', *The Review of Economics and Statistics* 1991, p. 236-244.

De Donder & Hindriks 2006

Ph. de Donder & J. Hindriks, *Does Propitious Selection Explain Why Riskier People Buy Less Insurance?*, UCL 2006, 17.

Eisenhauer 2004

J.G. Eisenhauer, 'Risk Aversion and the Willingness to Pay for Insurance: A Cautionary Discussion of Adverse Selection', *Risk Management & Insurance Review* 2004, p. 165-175.

Emons 2001

W. Emons, 'Imperfect Tests and Natural Insurance Monopolies', *The Journal of Industrial Economics* 2001, p. 241-269.

Endres, Ohl & Rundshagen 2003

A. Endres, C. Ohl & B. Rundshagen, 'Land Unter! Ein Institutionenökonomischer Zwischenruf', *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik* 2003, p. 284-294.

Epstein 1996

R. Epstein, 'Catastrophic Responses to Catastrophic Risks', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 287-308.

Faure & Van den Bergh 1989

M. Faure & R. van den Bergh, 'Compulsory Insurance for Professional Liability', *Geneva Papers on Risk and Insurance* 1989, p. 308-330.

Faure & Van den Bergh 1989b

M. Faure & R. van den Bergh, *Objectieve Aansprakelijkheid, Verplichte Verzekering en Veiligheidsregulering*, Antwerpen: Maklu 1989.

Faure & Hartlief 1998

M. Faure & T. Hartlief, 'Remedies for Expanding Liability', *Oxford J. Legal Stud.* 1998, p. 681-706.

Faure & Van den Bergh 2000

M. Faure & R. van den Bergh, 'Aansprakelijkheidsverzekering, concurrentie en ongeval-lenpreventie', in: T. Hartlief & M.M. Mendel (ed.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 316-342.

Faure 2006

M. Faure, 'Economic Criteria for Compulsory Insurance', *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice* 2006, p. 149-168.

Faure & Hartlief 2006

M. Faure & T. Hartlief, 'Verplichte verzekering', in: N. Tiggele-Van der Velde, J.G.C. Kamphuisen & B.K.M. Lauwerier (ed.), *De Wansink Bundel – Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 223-245.

Faure & Hartlief 2006a

Michael Faure en Ton Hartlief, *Financiële voorzieningen na rampen in het buitenland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Faure & Hartlief 2006b

M. Faure & T. Hartlief, *Financial Compensation for Victims of Catastrophes. A Comparative Legal Approach*, Vienna: Springer 2006.

Faure 2007

M.G. Faure, 'Financial Compensation for Victims of Catastrophes: A Law and Economics Perspective', *Law & Policy* 2007, p. 339-367.

Faure 2007a

M.G. Faure, 'Is Risk Differentiation on European Insurance Markets in Danger?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2007, p. 81-100.

Faure & Liu 2012

M. Faure & J. Liu, 'The Tsunami of March 2011 and the Subsequent Nuclear Incident at Fukushima: Who Compensates the Victims?', *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, 2012, vol. 37, p. 129-218.

Finkelstein & Poterba 2004

A. Finkelstein & J. Poterba, 'Adverse Selection in Insurance Markets: Policyholder Evidence from the U.K. Annuity Market', *Journal of Political Economy* 2004, p. 183-208.

Finkelstein & Poterba 2006

A. Finkelstein & J. Poterba, *Testing for Adverse Selection with 'Unused Observables'*, Working Paper 2006.

Finsinger 1983

J. Finsinger, *Versicherungsmärkte*, Frankfurt: 1983.

Finsinger 1988

J. Finsinger, *Verbraucherschutz auf Versicherungsmärkten. Wettbewerbsbeschränkungen, Staatliche Eingriffe und Ihre Folgen*, München: V. Florentz 1988.

Fortin & Lanoie 2000

B. Fortin & P. Lanoie, 'Incentive Effects of Workers' Compensation: A Survey', in: G. Dionne (ed.), *Handbook of Insurance*, Boston: Kluwer Academic Publishers 2000, p. 421-458.

Frey & Stutzer 2002

B.S. Frey & A.W. Stutzer, *Happiness & Economics: How the Economy and Institutions Affect Human Well-Being*, Princeton: Princeton University Press 2002.

Frey & Stutzer 2005

B.S. Frey & A.W. Stutzer, 'Happiness Research: State and Prospects', *Review of Social Economy* 2005, p. 207-228.

Goudriaan, Lalloesingh & Vemer 2007

R. Goudriaan, R.R.R. Lalloesingh & P. Vemer, *Eindevaluatie van de no-claimteruggaveregeling*, Den Haag: Aarts De Jong Wilms Goudriaan Public Economics bv (APE) 2007.

Graf von der Schulenburg 2005

J.-M. Graf von der Schulenburg, *Versicherungsökonomik*, Karlsruhe: VVW 2005.

Harrington 2000

S.E. Harrington, 'Rethinking Disaster Policy', *Regulation – The Cato Review of Business and Government* 2000, p. 40-46.

Hemenway 1990

D. Hemenway, 'Propitious Selection', *The Quarterly Journal of Economics*, 1990, p. 1063-1069.

Hsee & Kunreuther 2000

Ch.K. Hsee & H.C. Kunreuther, 'The Affection Effect in Insurance Decisions', *Journal of Risk and Uncertainty* 2000, p. 141-159.

Huang, Tzeng, Wang & Wang 2006

R.J. Huang, L.Y. Tzeng, J.L. Wang & K.C. Wang, 'Evidence for Adverse Selection in the Automobile Insurance Market', *ARIA Meeting Working Paper* 2006, p. 1-31.

Jaffee & Russell 2002

D.M. Jaffee & T. Russell, 'Regulation of Automobile Insurance in California', in: J.D. Cummins (ed.), *Deregulating Property-Liability Insurance*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies 2002, p. 195-236.

Japan Earthquake Reinsurance Company 2010

Japan Earthquake Reinsurance Company Annual Report 2010 – Introduction to Earthquake Reinsurance in Japan III, <http://fulltextreport.com/2011/03/16annual-report-2010-introduction-to-earthquake-reinsurance-in-japan>.

Johansson & Palme 2005

P. Johansson & M. Palme, 'Moral hazard and sickness insurance', *Journal of Public Economics* 2005, p. 1879-1890.

Johnson, Hershey, Meszaros & Kunreuther 1993

E.J. Johnson, J. Hershey, J. Meszaros & H. Kunreuther, 'Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions', *Journal of Risk and Uncertainty* 1993, p. 35-51.

Katzenmeier 2002

Ch. Katzenmeier, 'Überlagerungen des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht', *Versicherungsrecht* 2002, p. 1449-1456.

Korobkin & Ulen 2000

R.B. Korobkin & T. S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1051-1144.

Kunreuther, Ginsberg, Miller, Sagi, Slovic, Borkan & Ikatz 1978

H. Kunreuther, R. Ginsberg, L. Miller, P. Sagi, P. Slovic, B. Borkan & N. IKatz, *Disaster Insurance Protection: Public Policy Lessons*, New York: John Wiley and Sons Inc 1978.

Kunreuther, Doherty & Kleffner 1992

H. Kunreuther, N. Doherty & A. Kleffner, 'Should Society Deal with the Earthquake Problem?', *Regulation* 1992, p. 60-68.

Kunreuther 1996

H. Kunreuther, 'Mitigating Disaster Losses through Insurance', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 171-187.

Kunreuther & Pauly 2004

H. Kunreuther & M. Pauly, 'Neglecting Disaster: Why Don't People Insure Against Large Losses?', *Journal of Risk and Uncertainty* 2004, p. 5-21.

Kunreuther 2006

H.C. Kunreuther, 'Has the Time Come for Comprehensive Natural Disaster Insurance?', in: R.J. Daniels, D.F. Kettl & H.C. Kunreuther (ed.), *On Risk and Disaster: Lessons from Hurricane Katrina*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2006, p. 175-202.

Kunreuther 2006a

H. Kunreuther, 'Disaster Mitigation and Insurance: Learning from Katrina', *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2006, p. 208-227.

Li, Liu & Yeh 2007

C.-S. Li, C.-C. Liu & J.—H. Yeh, 'The Incentive Effects of Increasing Per-Claim Deductible Contracts in Automobile Insurance', *Journal of Risk & Insurance* 2007, p. 441-459.

Liedtke 2007

P.M. Liedtke, 'What's Insurance to a Modern Economy?', *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice* 2007, p. 211-221.

Looschelders 2008

D. Looschelders, 'Schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls nach der VVG-Reform', *Versicherungsrecht* 2008, p. 1-7.

Mahdavi s.d.

G. Mahdavi, *Advantageous Selection versus Adverse Selection in Life Insurance Market*, s.d., s.l.

Makki & Somwaru 2001

S.S. Makki & A. Somwaru, 'Evidence of Adverse Selection in Crop Insurance Markets', *The Journal of Risk and Insurance* 2001, p. 685-708.

McClelland, Schulze & Coursey 1993

G.H. McClelland, W.D. Schulze & D.L. Coursey, 'Insurance for low-probability hazards: A bimodal response to unlikely events', *Journal of Risk and Uncertainty* 1993, p. 95-116.

Office of Fair Trading (OFT) 1997

Office of Fair Trading (OFT), *Consumer Detriment under Conditions of Imperfect Information (Prepared for the Office of Fair Trading by London Economics)*, Office of Fair Trading (OFT) 1997.

OFT 2006

OFT, *Payment Protection Insurance – report on the market study and proposed decision to make a market investigation reference*, Office of Fair Trading 2006.

Parsons 2003

Ch. Parsons, 'Moral Hazard in Liability Insurance', *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 2003, p. 448-471.

Pauly 1968

M. Pauly, 'The Economics of Moral Hazard: Comment', *American Economic Review* 1968, p. 531-537.

Pratt 1964

J. Pratt, 'Risk Aversion in the Small and in the Large', *Econometrica* 1964, p. 122-136.

Priest 1987

G.L. Priest, 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', *Yale L.J.* 1987, p. 521-590.

Raschky & Weck-Hannemann 2007

P.A. Raschky & H. Weck-Hannemann, 'Charity Hazard – A Real Hazard to Natural Disaster Insurance?', *Environmental Hazards*, 2007, vol. 7, p. 321-329.

Rea Jr. 1993

S.A. Rea Jr., 'The Economics of Insurance Law', *Int. Rev. of Law & Ecs.* 1993, p. 145-162.

Rejda 2003

G.E. Rejda, *Principles of Risk Management and Insurance*, Boston: Addison Wesley 2007.

Richardson 2006

G. Richardson, 'A comment concerning deposit insurance and moral hazard', *NBER Working paper series (Working Paper 12719)*, 2006.

Rothschild & Stiglitz 1976

M. Rothschild & J. Stiglitz, 'Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information', *The Quarterly Journal of Economics* 1976, p. 629-649.

Sapelli & Vial 2003

C. Sapelli & B. Vial, 'Self-selection and moral hazard in Chilean health insurance', *Journal of Health Economics* 2003, p. 459-476.

Schoemaker & Kunreuther 1979

P.J.H. Schoemaker & H.C. Kunreuther, 'An Experimental Study of Insurance Decisions', *The Journal of Risk and Insurance* 1979, p. 603-618.

Schreyögg 2004

J. Schreyögg, 'Demographic Development and Moral Hazard: Health Insurance with Medical Savings Accounts', *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 2004, p. 689-704.

Schut 2004

F.T. Schut, 'Bezuinigingen en hervormingen in de zorg', *Economisch Statistische Berichten* 2004, p. 471.

Schwarcz 2010

D. Schwarcz, 'Regulating Consumer Demand in Insurance Markets', *Erasmus Law Review*, 2010, vol. 3, p. 23-45 (= D. Schwarcz, in: A. Ogus & W.H. van Boom (red.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 95 e.v.).

Schwartz & Wilde 1979

A. Schwartz & L.L. Wilde, 'Intervening in markets on the basis of imperfect information: A legal and economic analysis', *U. Pa. L. Rev.* 1979, p. 633-682.

Shavell 1986

S. Shavell, 'The Judgment Proof Problem', *International Review of Law and Economics* 1986, p. 45-58.

Shavell 2005

S. Shavell, 'Minimum Asset Requirements and Compulsory Liability Insurance As Solutions to the Judgment-Proof Problem', *Rand Journal of Economics* 2005, p. 63-77.

Siegelman 2004

P. Siegelman, 'Adverse selection in insurance markets: an exaggerated threat', *Yale Law Journal* 2004, p. 1223-1281.

Skipper Jr & Klein 2000

H.D. Skipper Jr & R.W. Klein, 'Insurance Regulation in the Public Interest: The Path Towards Solvent, Competitive Markets', *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice* 2000, p. 482-504.

Slovic 2000

P. Slovic, *The Perception of Risk*, Londen: Earthscan 2000.

Smit & Mokveld 2006

M. Smit & Ph. Mokveld, *Verzekerdenmobiliteit en keuzegedrag (mei 2006)*, s.l.: Vektis 2006.

Strange 2005

J.-M. Strange, *Death, Grief and Poverty in Britain, 1870-1914*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Sung e.a. 2011

K.C.J. Sung, S.C.P. Yam, S.P. Yung en J.H. Zhou, 'Behavioural Optimal Insurance', *Insurance: Mathematics and Economics*, 2011, vol. 49, p. 418-428.

Thomas 2007

R.G. Thomas, 'Some Novel Perspectives on Risk Classification', *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice* 2007, p. 105-132.

Trebilcock & Daniels 2006

M.J. Trebilcock & R.J. Daniels, 'Rationals and Instruments for Government Intervention', in: R.J. Daniels, D.F. Kettl & H. Kunreuther (red.), *On Risk and Disaster. Lessons from Hurricane Katrina*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2006, p. 89-107.

Von Ungern-Sternberg 1996

T. Von Ungern-Sternberg, 'The Limits of Competition: Housing Insurance in Switzerland', *European Economic Review* 1996, p. 1111-1121.

Von Ungern-Sternberg 2004

T. Von Ungern-Sternberg, *Efficient Monopolies – The Limits of Competition in the European Property Insurance Market*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Vera-Hernández 2003

M. Vera-Hernández, 'Structural estimation of a principal-agent model: moral hazard in medical insurance', *RAND Journal of Economics* 2003, p. 670-693.

Visscher 2006

L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *Ars Aequi* 2006, p. 485-492.

Vloemans, Rinkes, Hendrikse & Tiggele-Van der Velde 2007

N. Vloemans, J.G.J. Rinkes, M.L. Hendrikse & N. Tiggele-Van der Velde, *Verzekering en consument (Preadvies van Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005)*, Amstelveen: DeLex 2007.

Wansink 2005

J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening', *AVeS* 2005, p. 117-131.

Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012

J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Asser 7-IX*: Bijzondere Overeenkomsten: Verzekeringen*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2012.

Wohl 1983

A.S. Wohl, *Endangered Lives – Public Health in Victorian Britain*, London: Methuen 1983.

Zeckhauser 1996

R. Zeckhauser, 'The Economics of Catastrophes', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 113-140.

Zeiler & Plott 2005

K. Zeiler & Ch.R. Plott, 'The Willingness to Pay-Willingness to Accept Gap, the "Endowment Effect", Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations', *American Economic Review* 2005, p. 530 e.v.

Zelizer 1981

V.A. Zelizer, 'The Price and Value of Children: The Case of Children's Insurance', *American Journal of Sociology* 1981, p. 1036-1056.

Zelizer 1985/1994

V.A. Zelizer, *Pricing the Priceless Child – The Changing Social Value of Children*, Princeton: Princeton University Press 1985/1994.

26 FAULT EN NO-FAULT

Een theoretisch en empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van fault en no-fault bij verkeersongevallen

M. van Dam

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt onderzocht of fault en no-fault van invloed kunnen zijn op het gedrag van verkeersdeelnemers. In de theorie wordt verondersteld dat, uitgaande van een preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, een overgang naar een vergoedingssysteem zonder aansprakelijkheid niet alleen zal leiden tot meer verkeersongevallen en verkeersslachtoffers, maar ook tot minder zorgvuldig verkeersgedrag. Het empirisch onderzoek naar deze gedragspresumptie geeft geen eenduidige uitkomsten en lijkt de theoretisch gemaakte veronderstellingen niet te kunnen bevestigen. Op basis van de gedragseffecten kan geen directe keuze tussen fault of no-fault worden gemaakt. Dit is ook de conclusie bij de toetsing aan de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid, die nog wordt bemoeilijkt door een lappendeken van aansprakelijkheids- en vergoedingsregels. De reden hiervoor is dat de gedragseffecten bij fault en no-fault in belangrijke mate worden beïnvloed door de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden. Daarnaast zijn aanvullende maatregelen zoals veiligheidsregulering nodig om de gedragseffecten bij de ongevalbetrokkenen te waarborgen.

1 INLEIDING

Fault is een vergoedingssysteem waarbinnen de schade van het verkeersslachtoffer na gebleken aansprakelijkheid van de veroorzaker door zijn aansprakelijkheidsverzekeraar wordt uitgekeerd. Bij *no-fault* wordt de schade van het gemotoriseerde verkeersslachtoffer door de eigen autoverzekeraar vergoed, ongeacht of er aansprakelijkheid is. De schade van het niet-gemotoriseerde verkeersslachtoffer wordt door de verzekeraar van het betrokken motorvoertuig uitgekeerd.

Met name in Noord-Amerika zijn sedert de jaren zeventig van de vorige eeuw naast fault (*tort*), verschillende no-fault systemen ingevoerd. Globaal kunnen daarbij drie varianten worden onderscheiden, namelijk een systeem met een no-fault vergoeding tot een bepaalde drempel (*threshold*) en daarboven fault, een (*add on*) systeem, waarbinnen een combinatie

van fault en een no-fault vergoeding (*Personal Injury Protection*, PIP) van toepassing is en een systeem waarbij aan de autobestuurder de keuze wordt gelaten tussen no-fault en fault.¹

In de rechtseconomische literatuur is aandacht besteed aan de preventieve effecten van fault en no-fault, zowel vanuit de theorie als vanuit de empirie. Er is een (empirisch) literatuuronderzoek verricht naar de effecten van fault en no-fault op het aantal verkeersongevallen en verkeersslachtoffers. Ook is daarbij onderzocht in hoeverre een systeem met fault tot een betere schadevergoeding leidt dan een no-fault systeem en welk systeem vanuit het oogpunt van administratieve kosten de voorkeur heeft.²

In deze bijdrage zal de nadruk liggen op de (empirische) gedragseffecten van fault en no-fault bij verkeersongevallen. In de rechtseconomische literatuur wordt gesteld dat de overgang van een fault naar een no-fault systeem zal leiden tot minder zorgvuldig gedrag in het verkeer en daarmee tot een stijging van het aantal verkeersongevallen en verkeersslachtoffers.³ De uitkomsten van het empirisch onderzoek die deze stelling zouden moeten bevestigen, zijn echter tegenstrijdig gebleken.⁴ Uit dit empirisch onderzoek kan mogelijk wel worden afgeleid in hoeverre van fault en no-fault een preventief gedragseffect uitgaat naar de betrokkenen bij een verkeersongeval.

In het vervolg van deze bijdrage zullen de gedragseffecten van fault en no-fault aan de hand van de economische theorie van het ongevallenrecht in een theoretisch kader worden geplaatst (par. 2). Vervolgens zal door middel van een literatuurstudie het beschikbare empirische onderzoek worden geanalyseerd (par. 3). Hierna zullen de uitkomsten van de theorie en empirie aan de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid worden getoetst (par. 4). In paragraaf 5 volgen ten slotte enkele afsluitende opmerkingen.

1 Het voert te ver om alle varianten in deze bijdrage aan bod te laten komen. Voor een overzicht wordt verwezen naar Van Dam 2001, p. 511-516. Zie ook Cole, Eastman, Maroney, McCullough & Macpherson 2012, p. 311; Anderson, Heaton & Carroll 2010, p. 41; Marco & Salvietti 2007, p. 32; Kinzler 2006, p. 5-7; Loughran 2001, p. 29-33; Rolph, Hammit & Houchens 1985, p. 672; Carroll & Kakalik 1993, p. 267.

2 Van Dam 2001.

3 Zie bijvoorbeeld Devlin 1990, p. 193-205; Landes 1982, p. 49-62; McEwin 1989, p. 13-24.

4 Zie Van Dam 2001, p. 517-531.

2 ECONOMISCHE THEORIE VAN HET ONGEVALLENRECHT⁵

Binnen de economische analyse van het ongevallenrecht worden rechtsregels gezien als instrumenten van gedragsbeïnvloeding. Gesteld wordt dat bijvoorbeeld aansprakelijkheidsregels aan potentiële schadeveroorzakers prikkels kunnen geven tot voorzichtig gedrag. Wanneer iemand ten gevolge van een verkeersongeval schade toebrengt aan een ander en deze schade moet vergoeden, zal hij trachten zijn gedrag te wijzigen, waardoor de kans op een verkeersongeval vermindert of zelfs geheel verdwijnt.⁶ Ook potentiële slachtoffers van een verkeersongeval kunnen het ongevalsrisico beïnvloeden. Zij kunnen worden aangezet tot een gedragswijziging, wanneer zij door eigen schuld een deel van hun eigen schade zelf moeten dragen.⁷

2.1 Aansprakelijkheid

Binnen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht wordt onderzocht welke aansprakelijkheidsregel aan de bij een verkeersongeval betrokken partijen optimale prikkels geeft om schade te voorkomen. Daarbij wordt globaal gebruikgemaakt van twee aansprakelijkheidsregels, namelijk een regel van risicoaansprakelijkheid met een eigen schuldverweer en een regel van foutaansprakelijkheid. Verder wordt verondersteld dat de ongevalbetrokkenen neutraal staan ten opzichte van het ongevalsrisico.⁸ Vanuit economisch perspectief kan de werking van deze aansprakelijkheidsregels als volgt worden omschreven.

Bij een regel van risicoaansprakelijkheid zal de veroorzaker van een verkeersongeval een optimaal zorgniveau uitoefenen om het risico op aansprakelijkheid voor de schade van het slachtoffer te reduceren. De veroorzaker zal ook een optimaal activiteitsniveau aanwenden, zodat hij de totale kosten in de vorm van de vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade kan minimaliseren. De toevoeging van een eigen schuldverweer is nodig om het slachtoffer aan te zetten tot een optimaal zorgniveau, omdat hij anders zijn eigen schade moet dragen. Bij de uitoefening van een optimaal zorgniveau krijgt het slachtoffer

5 Daarbij ligt de nadruk op de ‘neo-klassieke’ theorie van het ongevallenrecht. In de literatuur is daarnaast een toenemende aandacht voor de ‘Behavioral Law and Economics’-benadering van het ongevallenrecht. Deze theorie valt echter buiten het bereik van deze bijdrage. Zie daarover Faure 2010 met verdere verwijzingen.

6 Faure & Van den Bergh 1989, p. 30-31; Shavell 2007, p. 143-147.

7 Binnen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht wordt gesproken van bilaterale ongevallen wanneer zowel dader als slachtoffer invloed kan uitoefenen op het ongevalsrisico. Zie Shavell 1987, p. 11; Van Dam 2001, p. 173-174 met verwijzingen.

8 Zie voor een economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht onder anderen: Shavell 1987, p. 5-32; Faure en Van den Bergh 1989, p. 62-100; Van Velthoven en Van Wijck 2001, p. 161-204; Holzhauser & Teijl 1995, p. 119-144; Deben & Vereeck 2004, p. 52-96; Shavell 2004, p. 175-206; Van Dam 2001, p. 159-212 met verdere verwijzingen.

zijn schade vergoed, zodat hij geen optimaal activiteitsniveau zal uitoefenen. Het slachtoffer houdt immers alleen rekening met de kosten van zorg die in dit geval voor hem gelijk zijn aan de kosten van de uitoefening van de activiteit. Wanneer de rechter echter in staat is om tegen lage kosten te differentiëren naar zorgniveaus of een strenge zorgvuldigheidsnorm formuleert,⁹ kan het slachtoffer worden gedwongen om zijn activiteit te wijzigen.¹⁰

Bij een regel van foutaansprakelijkheid zullen zowel de veroorzaker als het slachtoffer een optimaal zorgniveau uitoefenen. De veroorzaker wil voorkomen dat hij aansprakelijk is en het slachtoffer dat hij zijn eigen schade moet dragen. Omdat de veroorzaker bij de uitoefening van een optimaal zorgniveau weet dat hij niet aansprakelijk zal zijn, heeft hij geen prikkel om een optimaal activiteitsniveau aan te wenden. De veroorzaker zal zijn activiteitsniveau blijven opvoeren zolang het nut daarvan de marginale kosten van zorg overstijgt. Het slachtoffer zal bij deze regel wel een optimaal activiteitsniveau aanwenden om te vermijden dat hij zijn eigen schade moet dragen. Het slachtoffer zal zijn activiteitsniveau verhogen zolang het extra nut daarvan minus de kosten van zorg hoger is dan de stijging van de verwachte ongevalskosten.¹¹

2.2 *Aansprakelijkheid en veiligheidsregulering*

De werking van het aansprakelijkheidsrecht komt pas in beeld nadat zich een verkeersongeval heeft voorgedaan. Niettemin kan het vooruitzicht om achteraf aansprakelijk te worden gesteld vooraf van invloed zijn op het (schadeveroorzakende) gedrag van de ongevalbetrokkenen. Veiligheidsregulering kan worden toegepast voordat zich een verkeersongeval heeft voorgedaan.¹² Met behulp van regulering, inclusief het vooruitzicht van boetes en straffen, ten aanzien van bijvoorbeeld de maximumsnelheid, de regulering van de autoveiligheid,

9 Binnen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht wordt de veronderstelling dat de rechter, dader en slachtoffer volledig zijn geïnformeerd, genuanceerd door ervan uit te gaan dat de rechter zich kan vergissen bij de bepaling van de juridische zorgvuldigheidsnorm en/of de daadwerkelijk uitgeoefende zorg van de dader en het slachtoffer. De ongevalbetrokkenen kunnen zich vergissen ten aanzien van de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm en ook de inspanningen (kosten) van de ongevalbetrokkenen bij de uitoefening van zorg zijn niet van een gelijk niveau. Deze informatieproblemen zijn van invloed op de werking van aansprakelijkheidsregels. Zie Shavell 1987, p. 73-83; Faure & Van den Bergh 1989, p. 90-96; Shavell 2007, p. 158-161; Van Dam 2001, p. 194-203 met verdere verwijzingen.

10 Shavell 1987, p. 12-28; Faure & Van den Bergh 1989, p. 82-88; Van Dam 2001, p. 173-193 met verdere verwijzingen.

11 Shavell 1987, p. 12-13; Faure & Van den Bergh 1989, p. 82-83 en 88; Van Dam 2001, p. 178 en 189-191; Posner 2002, p. 4; Van den Bergh 1998, p. 37-42.

12 Zie voor een uitwerking van de economische criteria voor veiligheidsregulering onder anderen: Shavell 1984, p. 357-374; Wittman 1977, p. 193-211; Faure & Van den Bergh 1989, p. 152-156; Deben & Vereeck 2004, p. 100-107; Van Dam 2001, p. 303-313.

verkeerslichten en verkeersborden, kan het gedrag van de potentiële ongevalbetrokkenen worden beïnvloed.¹³

Binnen de economische analyse van het ongevallenrecht wordt geconcludeerd dat voor een optimale preventie van verkeersongevallen een gezamenlijke toepassing van aansprakelijkheid en veiligheidsregulering noodzakelijk is.¹⁴ De directe ongevalbetrokkenen hebben betere informatie over het ongevalsrisico dan de overheid die de veiligheidsregulering uitvaardigt.¹⁵ Veiligheidsregulering kan echter afhankelijk van (de kosten van) handhaving nodig zijn om de informatie van de ongevalbetrokkenen verder te optimaliseren. Daarnaast kan veiligheidsregulering van belang zijn bij de bepaling van de aansprakelijkheid, bijvoorbeeld wanneer de veroorzaker een verkeersovertreding heeft begaan die (mede) tot het ontstaan van het ongeval heeft geleid.¹⁶

Er zijn ook ongevalsrisico's die niet door aansprakelijkheid en veiligheidsregulering kunnen worden beïnvloed. Een verkeersongeval is veelal een gebeurtenis die zich voor een gemiddeld individu vrij zelden voordoet.¹⁷ Dit betekent dat de verkeersdeelnemer gemiddeld genomen de kans op een ongeval laag inschat, waardoor een (te) laag niveau van zorg wordt uitgeoefend. Ook kan er sprake zijn van situaties waarin de verkeersdeelnemer niet geheel bij de les is, last heeft van dagdromerijen en bij wie de reflexen niet scherp zijn. Deze gedragingen kunnen in beginsel niet door aansprakelijkheid of veiligheidsregulering worden gecontroleerd. Wanneer zich een ongeval voordoet, leidt deze dagdromerij of onoplettendheid wel tot aansprakelijkheid, zodat daarvan een preventieve werking kan uitgaan. Daarmee kunnen echter onoplettendheid en dagdromerijen niet in alle gevallen worden vermeden.¹⁸

2.3 *Aansprakelijkheid en verzekering*

Binnen de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht wordt verondersteld dat verkeersdeelnemers neutraal staan ten opzichte van het ongevalsrisico. In werkelijkheid zullen zij zich willen beschermen tegen de gevaren in het verkeer en hebben zij daarmee

13 Shavell 1987, p. 278-279; Faure & Van den Bergh 1989, p. 152-153; Van Dam 2001, p. 303 met verdere verwijzingen.

14 Faure & Van den Bergh 1989, 156-158; Shavell 1987, p. 282-286; Shavell 1984, p. 363-366; Schmitz 2000, p. 371-372; Van Dam 2001, p. 313-318.

15 Burrows 1995, 500.

16 Faure & Van den Bergh 1989, p. 156-158; Wittman 1977, p. 208; Van Dam 2001, p. 324-325.

17 In 2009 vielen onder auto-inzittenden ruim 2 doden en 18 ernstig verkeersgewonden per miljard reizigers-kilometer. Ten opzichte van eind jaren negentig is dat een halvering. Zie SWOV 2012; M. van Dam 2001, p. 325, noot 1057.

18 Wittman 1977, p. 200; Van Dam 2001, p. 324-325.

een veronderstelde afkeer van het ongevalsrisico. Dit betekent dat bij verkeersdeelnemers een vraag naar verzekering bestaat, waarmee zij hun afkeer van het ongevalsrisico kunnen afwentelen en ook hun verwachte nut kunnen verhogen.¹⁹

De beschikbaarheid van een verzekering kan echter leiden tot neveneffecten ten aanzien van het gedrag van de verzekerde. De verzekerde heeft veelal betere informatie over het ongevalsrisico dan de verzekeraar, zodat bij een volledige verzekeringsdekking de verzekerde geen prikkel heeft om het ongevalsrisico te verminderen. Bij dit morele risico beschikt de verzekeraar niet over voldoende informatie om het risico van de verzekerde juist in te schatten, te beïnvloeden en te controleren, waardoor de verzekerde minder zorgvuldig kan worden. Dit probleem kan worden tegengegaan door bijvoorbeeld een gedeeltelijke verzekeringsdekking, zodat de verzekerde voor het niet-gedekte gedeelte een prikkel van zorg behoudt. Ook met een eigen risico en een aanpassing van de polisvoorwaarden (premie) kan het morele risico worden verminderd.²⁰

Een ander neveneffect van de beschikbaarheid van een verzekering is het proces van anti-selectie. Dit ontstaat wanneer een verzekeraar een gemiddelde premie berekent voor de bij haar aangesloten individuele risico's. Een deel van deze risico's betaalt mogelijk een te hoge premie in verhouding tot het individuele risico. Zij zullen de groep verlaten, zodat de minder goede risico's overblijven. Dit kan leiden tot een premiestijging die voor een deel van de overgebleven groep te hoog is in verhouding tot hun individuele risico, zodat ook zij de groep zullen verlaten. Door dit proces blijven uiteindelijk alleen de slechte risico's over die daarmee onverzekerbaar kunnen worden.²¹ Het probleem van antiselectie kan worden tegengegaan door een sterke differentiatie van goede en slechte risico's en door aanvullende maatregelen, zoals een verhoging van het eigen risico, een verlaging van het verzekerd bedrag of het opnemen van specifieke uitsluitingen die de goede risico's binnen de groep houden en de slechte risico's aanzetten tot meer zorg.²²

De controle van het morele risico en het proces van antiselectie worden ook beïnvloed door de aanwezigheid van het soort verzekering. Wanneer het slachtoffer een eigen schadeverzekering heeft afgesloten, kan zijn verzekeraar het morele risico en het proces van antiselectie beter reduceren dan een aansprakelijkheidsverzekeraar. De schadeverzekeraar

19 Zie Shavell 1987, 186-190; Faure & Van den Bergh 1989, p. 103-111; Holzhauer & Teijl 1995, p. 148-153; Van Dam 2001, 215-218 voor een analyse van de houding van partijen ten aanzien van het ongevalsrisico.

20 Van Dam 2001, p. 223-230; Faure & Van den Bergh 1989, p. 114-122; Adams 1985, p. 232-235; Shavell 1979, p. 541-562.

21 Zie Priest 1987, p. 1521-1590 over de verzekeringscrisis in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Akerlof 1970, p. 488-500 over het probleem van asymmetrie in informatie.

22 Faure & Van den Bergh 1989, p. 123-128; Akerlof 1970, p. 492-499; Priest 1987, p. 1541-1543; Holzhauer & Teijl 1995, p. 156-161; Van Dam 2001, p. 230-236.

beschikt immers over meer directe en betrouwbare informatie ten aanzien van het ongevalsrisico van de bij haar aangesloten verzekerden. Een aansprakelijkheidsverzekeraar heeft niet alleen met het gedrag van haar eigen verzekerde te maken, maar ook met het gedrag van onbekende derden, in het bijzonder het slachtoffer die veelal door toeval betrokken raakt bij een ongeval met de verzekerde dader. De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft geen informatie over het gedrag van het slachtoffer en ook de schadevergoeding wordt aan niet bij de aansprakelijkheidsverzekering aangesloten individuen uitgekeerd. Hierdoor wordt de controle van het morele risico verder bemoeilijkt.²³

Naast de preventie houdt de aanwezigheid van een verzekering ook verband met de vraag hoe de schade van de slachtoffers van een ongeval moet worden verdeeld.²⁴ De combinatie van aansprakelijkheid en verzekering bepaalt de omvang van de schadevergoeding aan het slachtoffer. Wanneer de aansprakelijkheid (en schuldverdeling) vaststaat, zal de verzekering tot uitkering overgaan.

De aanwezigheid van een verzekering heeft ook (in)directe gevolgen voor de preventieve werking van aansprakelijkheidsregels. De aansprakelijkheid rust weliswaar primair op de veroorzaker van het ongeval, doch deze aansprakelijkheid is veelal gedekt door een verzekering. Dit kan leiden tot de hiervoor geschetste problemen van het morele risico en het proces van antiselectie. De verzekeraar heeft daarom een belangrijke rol binnen de preventieve werking van aansprakelijkheidsregels en kan daarmee invloed uitoefenen op het gedrag van de ongevalbetrokkenen.²⁵

Toegepast op de eerder besproken aansprakelijkheidsregels betekent dit dat bij een regel van risicoaansprakelijkheid met een eigen schuldverweer geldt dat de dader een optimaal zorg- en activiteitsniveau zal uitoefenen. De dader heeft een afkeer van het ongevalsrisico en zal een aansprakelijkheidsverzekering afsluiten. Om de problemen van het morele risico en de antiselectie te ondervangen zal een gedeeltelijke verzekeringsdekking worden aangeboden. De dader behoudt een prikkel tot zorg en hij zal een juiste keuze maken bij de uitoefening van zijn activiteit. Voor het slachtoffer met een afkeer van risico kan deze niet-volledige verzekeringsdekking bij de dader aanleiding zijn een schadeverzekering af te sluiten. Wanneer deze verzekering tegen een volledige dekking wordt aangeboden en de

23 Van Dam 2001, p. 237-238; Van Dam 1989, p. 220; Priest 1987, p. 1557-1558; Zie voor een analyse van het morele risico en het proces van antiselectie de bijdrage hiervoor van Van Boom & Faure.

24 Faure & Van den Bergh 1989, p. 19-20; Van Dam 2001, p. 265.

25 Tegenwoordig staan aan verzekeraars technisch moderne middelen ter beschikking om het rijgedrag van de automobilist te beïnvloeden en te controleren. Dit heeft bijvoorbeeld betrekking op het aantal afgelegde mijlen, waar en wanneer wordt autogereden, hoe het motorvoertuig wordt gereden, maar ook op de veiligheid van de auto. Deze 'Pay-as-You-Drive Auto-Insurance Technology' en 'Autonomous-Vehicle Technology' worden besproken in Anderson, Heaton & Carroll 2010, p. 139-143.

controle van het morele risico niet volledig is, zal het slachtoffer echter geen optimale zorg uitoefenen.²⁶

Bij een regel van foutaansprakelijkheid zullen de ongevalbetrokkenen met een afkeer van risico en bij onzekerheid over de zorgvuldigheidsnorm een (aansprakelijkheids- of schade) verzekering afsluiten. Omdat de controle van het morele risico ook niet optimaal is, zal de onzekerheid over de zorgvuldigheidsnorm niet volledig door de verzekeraar kunnen worden gecorrigeerd. In de veronderstelling dat het slachtoffer bij een regel van foutaansprakelijkheid een schadeverzekering zal afsluiten, kan een lichte voorkeur voor deze aansprakelijkheidsregel ontstaan. Een schadeverzekering heeft het voordeel dat de onzekerheid omtrent de zorgvuldigheidnorm en het morele risico beter kunnen worden gecontroleerd dan bij een aansprakelijkheidsverzekering.²⁷

2.4 *No-fault verzekering.*

In de jaren zeventig van de vorige eeuw is in Noord-Amerika en Canada een no-fault verzekering geïntroduceerd met als doel de hoge kosten van het fault systeem, het grote aantal aansprakelijkheidsclaims en de omvang van de vergoeding voor immateriële schade terug te dringen.²⁸ De no-fault verzekering wordt thans in verschillende vormen toegepast, waarbij in bijna alle gevallen nog het aansprakelijkheidsrecht deels gehandhaafd blijft.²⁹

In haar meest zuivere vorm is no-fault een vergoedingssysteem waarbinnen de aansprakelijkheid geheel is afgeschaft en uitgaande van polisdekking de schade van de veroorzaker zelf en die van het slachtoffer wordt vergoed. Dit is ongeacht de schuld van de veroorzaker of de eigen schuld van het slachtoffer. De compensatie op basis van no-fault staat daarmee ook los van het gedrag van de ongevalbetrokkenen. Omdat de vergoeding aan het slachtoffer niet meer is gebaseerd op aansprakelijkheid, zal de veroorzaker jegens het slachtoffer een lager zorgniveau uitoefenen. Daarnaast zal de veroorzaker ook geen optimaal activiteitsniveau aanwenden nu hij niet de volledige ongevalskosten behoeft te dragen. Voor

26 Shavell 1987, p. 212; Shavell 1982, p. 131; Faure & Van den Bergh 1989, p. 133-134; Van Dam 2001, p. 273 en 281-283.

27 Shavell 1982, p. 130; Faure & Van den Bergh 1989, p. 134; Shavell 1987, p. 212-213; Van den Bergh 1998, p. 52-56; Van Dam 2001, p. 274-275; Shavell 2004, p. 261-267; Shavell 2007, p. 147-151.

28 Uit recent Amerikaans onderzoek komt naar voren dat een no-fault verzekering niet overal aan de verwachting van kostenreductie heeft voldaan. Er is eerder sprake van een toename van met name de premies en de medische kosten. Sommige staten hebben als gevolg daarvan de no-fault regulering gewijzigd of zelfs ingetrokken. Zie Anderson, Heaton & Carroll 2010, p. 63-77 voor een overzicht daarvan.

29 Zie Van Dam 2001, p. 504-516 voor een overzicht van de verschillende no-fault stelsels in Noord-Amerika, Canada, Australië en Nieuw Zeeland. Zie ook Van Wassenae van Catwijck 1988, p. 323-377; Anderson, Heaton & Carroll 2010, p. 41.

het slachtoffer geldt dat hij zijn schade ongeacht eigen schuld automatisch krijgt vergoed, zodat ook zijn prikkels van zorg zullen verminderen en hij een te hoog activiteitsniveau zal uitoefenen.

Bij de schadevergoeding op basis van no-fault wordt geen onderzoek gedaan naar de oorzaak van het ongeval en een eventuele premieaanpassing kan niet worden gebaseerd op de schuld van de veroorzaker. Maatregelen die het probleem van het morele risico en ook het proces van antiselectie kunnen tegengaan, zijn bijvoorbeeld een strafpuntenstelsel of een controle via het schadeverleden van de veroorzaker. De controle van het gedrag van het slachtoffer is bij no-fault afwezig. Dit kan, naast veiligheidsregulering, worden ondervangen door een lagere no-fault vergoeding aan het slachtoffer toe te kennen, zodat de prikkels van zorg behouden blijven.³⁰

Hoewel de optimale compensatie van slachtoffers in deze bijdrage niet centraal staat, is er een belangrijk verschil tussen fault en no-fault. Binnen een fault systeem zal de veroorzaker zijn eigen schade niet vergoed krijgen, terwijl dit bij no-fault (deels) wel het geval is. Anders gesteld bevat no-fault elementen van een aansprakelijkheidsverzekering vanwege de vergoeding van de schade van het niet meeverzekerde slachtoffer. Daarnaast is ook een deel van de schade van de veroorzaker zelf gedekt, waardoor de effecten van een schadeverzekering naar voren komen.³¹ Dit verschil kan van invloed zijn op het gedrag van de veroorzaker. Voor zover dit aan de orde is, zal daar in deze bijdrage aandacht aan worden besteed.

3 HET EMPIRISCH ONDERZOEK TEN AANZIEN VAN FAULT EN NO-FAULT

In het voorgaande is de economische theorie van het ongevallenrecht globaal uiteengezet. Daaruit kan in het kader van deze bijdrage worden geconcludeerd dat in theorie fault en no-fault een preventieve werking hebben, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Een voorkeur voor fault of no-fault is niet duidelijk naar voren gekomen. Wanneer de nadruk ligt op preventie, heeft een fault systeem een lichte voorkeur boven no-fault. Bij een fault systeem worden dader en slachtoffer aangezet tot de uitoefening van een optimaal zorgen activiteitsniveau. Binnen een no-fault systeem is dit in beginsel alleen de dader, terwijl het slachtoffer eerder buiten het no-fault systeem moet worden aangezet tot zorgvuldig gedrag. In deze paragraaf zal aan de hand van de beschikbare empirische literatuur worden onderzocht in hoeverre fault en no-fault directe invloed hebben op het gedrag van verkeers-

30 Devlin 1990, p. 200-201; McEwin 1989, p. 13-17; Chapman & Trebilcock 1991, p. 28; Van Dam 2001, p. 263-265 en p. 282-283. Zie ook White & Liao 1999, p. 258-294; Cummins, Weiss & Phillips 2001, p. 428-436 voor een modelmatige analyse van no-fault.

31 McEwin 1989, p. 13-17; Van Dam 2001, p. 237-238 en p. 263.

deelnemers. Daarbij zal voornamelijk gebruik worden gemaakt van empirisch onderzoek uit Noord-Amerika en Canada, omdat in deze landen veel ervaring is opgedaan met het onderscheid tussen fault en no-fault.

3.1 *De empirische toetsing van aansprakelijkheidsregels*

In de dagelijkse praktijk van het ongevallenrecht beoordeelt de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker de schade van het slachtoffer en gaat deze bij gebleken aansprakelijkheid tot vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade over. Dit betekent dat de aansprakelijkheidsverzekeraar bepaalt of de schade van het slachtoffer onder de dekking van de verzekeringspolis valt en of de veroorzaker ook aansprakelijk is voor de gevolgen van het aan het slachtoffer overkomen ongeval. Een grote meerderheid van de procedures over de aansprakelijkheid en de omvang van de schadevergoeding wordt door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker afgewikkeld. Dit betekent dat de veroorzaker niet zelf verantwoordelijk is voor de schade van het slachtoffer. De aansprakelijkheidsverzekeraar dient derhalve de schadevergoeding naar de veroorzaker (polishouder) toe te corrigeren. De preventie van aansprakelijkheidsregels wordt daarmee geïncorporeerd in de schadeafwikkeling door de aansprakelijkheidsverzekeraar.³² Deze invloed van de verzekering op de aansprakelijkheid verklaart waarom er weinig empirisch onderzoek beschikbaar is naar de werking van aansprakelijkheidsregels *sec*.

In een experimenteel onderzoek van White naar de invloed van aansprakelijkheidsregels op het zorgniveau van de ongevalbetrokkenen werden 582 kop-staartbotsingen in Californië geanalyseerd.³³ Het ging daarin om de effecten van een overgang van een ‘*contributory negligence*’-regel³⁴ naar een ‘*comparative negligence*’-regel³⁵. White concludeert onder andere dat deze aansprakelijkheidsregels tot verschillende gedragsprikkelers leiden. Bij *contributory negligence* bijvoorbeeld heeft het slachtoffer meer prikkelers van zorg, omdat enig

32 Van Dam 2001, p. 382-383 en p. 399-400; Dewees, Duff & Trebilcock 1996, p. 41 en 78. Zie ook Schwartz 2002, p. 1070-1071. Zie (meer algemeen) over de invloed van verzekering op de aansprakelijkheidsvraag onder anderen: Hartlief & Tjittes 1999, p. 21-34; Van Dam 1989, p. 207-208; Hartlief 2003, p. 22-25; Bloembergen 1980, p. 174-183.

33 White 1989, p. 308-330.

34 Een regel van foutaansprakelijkheid met een absoluut eigenschuldverweer, waarbinnen de veroorzaker de schade van het slachtoffer volledig moet vergoeden wanneer hem enig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het ontstaan van het ongeval. Indien echter het slachtoffer ook een verwijt treft, heeft hij geen recht op schadevergoeding. Zie White 1989, p. 309; Curran 1992, p. 319-322; Van Dam 2001, p. 385.

35 Een regel van foutaansprakelijkheid met een gradueel eigen schuldverweer, waarbinnen de veroorzaker aansprakelijk is voor de schade van het slachtoffer indien hem enig verwijt treft. Wanneer veroorzaker en slachtoffer niet hebben voldaan aan de zorgvuldigheidsnorm, volgt een verdeling van de schade, afhankelijk van het (on)zorgvuldige gedrag van de ongevalbetrokkenen. Zie White 1989, p. 311; Sloan, Reilly & Schenzler 1994, p. 556-557; Van Dam 2001, p. 385.

verwijt aan zijn kant al kan leiden tot een blokkering van zijn schadevergoeding. De overgang van een *contributory negligence*-regel naar een *comparative negligence*-regel vermindert de prikkels van zorg bij het slachtoffer, hoewel het bewijs hiervoor volgens White niet sterk is.³⁶ Deze overgang leidt omgekeerd wel tot een toename van zorg bij de veroorzaker. Hij kan immers eerder aansprakelijk worden gesteld en een verwijt aan het slachtoffer bij de *comparative negligence*-regel zal niet tot een verval van de schadevergoedingsplicht bij de veroorzaker leiden.³⁷

In een later verschenen empirisch onderzoek worden de conclusies van White genuanceerd.³⁸ Daarin wordt geconcludeerd dat de overgang van een *contributory negligence*-regel naar een *comparative negligence*-regel geen invloed heeft gehad op het aantal verkeersongevallen, noch heeft geleid tot een vermindering van de prikkels van zorg. Ook heeft de keuze voor één van deze aansprakelijkheidsregels geen effect op het zorgniveau wanneer bijvoorbeeld sprake is van een verkeersongeval waarin alcoholgebruik een rol speelt, omdat dit zeer waarschijnlijk de belangrijkste oorzaak van het verkeersongeval is geweest.³⁹

3.2 *Het empirisch onderzoek naar (gedrags) effecten van no-fault.*

Het empirisch onderzoek naar de werking van no-fault is omvangrijk.⁴⁰ In deze bijdrage ligt de nadruk op de gedragseffecten van no-fault. In de studies die hierna in chronologische volgorde van publicatie aan bod komen, worden deze (preventieve) effecten van een no-fault systeem afgezet tegen werking van het aansprakelijkheidsrecht, zodat een goede vergelijking mogelijk is.

Elisabeth Landes heeft als één van de eersten aan de hand van ongevalsdata de invloed van de invoering van een no-fault systeem op het aantal verkeersongevallen en verkeersslachtoffers onderzocht. Zij concludeert in haar onderzoek dat in Amerikaanse staten die tussen 1971 en 1976 een no-fault systeem hebben ingevoerd het aantal dodelijke verkeersongevallen is gestegen. Hoe groter de beperking van de aansprakelijkheidsvordering, hoe groter de toename van het aantal dodelijke verkeersongevallen. Deze stijging bedroeg 4% bij een no-fault verzekering met een lage drempel (*threshold* voor medische kosten van \$500) voor

³⁶ White 1989, p. 328-329.

³⁷ White 1989, p. 325-326; Van Dam 2001, p. 385-388.

³⁸ Sloan, Reilly & Schenzler 1994, p. 53-71.

³⁹ Sloan, Reilly & Schenzler 1994, p. 58 en 69.

⁴⁰ Zie Van Dam 2001, p. 517-549 voor een overzicht daarvan. Zie ook Anderson, Heaton & Carroll 2010, p. 79-82.

het instellen van een aansprakelijkheidsclaim en 10% bij een no-fault verzekering met een hogere drempel (*threshold* van \$1500 voor medische kosten).⁴¹

De kritiek op het onderzoek van Landes richt zich onder andere op het enkele gebruik van ongevalsdata als toetsingsvariabele en op het feit dat de ongevalsdata betrekking hebben op een periode waarin een no-fault systeem nog maar korte periode van kracht was.⁴² Sugarman wijst op het ontbreken van empirisch bewijs dat de effecten van de invoering van een no-fault systeem uitsluitend zijn terug te voeren op de verminderde zorgvuldigheid bij de autobestuurder. Daarbij wordt volgens Sugarman geen rekening gehouden met het feit dat een no-fault systeem kan leiden tot lagere verzekeringskosten (premie), waardoor een autobestuurder een hoger activiteitsniveau uitoefent, met het gevolg dat het aantal verkeersongevallen zal toenemen.⁴³

In Nieuw Zeeland is in 1974 een zuiver no-fault compensatiefonds ingevoerd. Door Brown is in 1985 empirisch onderzoek verricht naar de effecten van dit systeem.⁴⁴ Brown concludeert uit de beschikbare statistische gegevens dat het aantal dodelijke verkeersongevallen en het aantal verkeersongevallen met letsel in 1980 ten opzichte van 1973 is gedaald. Hij constateert voorts dat, gelet op het aantal afgelegde autokilometers, geen sprake is van een toename van de activiteit autorijden. Ook heeft de afschaffing van de aansprakelijkheid volgens hem niet geleid tot minder zorgvuldig gedrag in het verkeer,⁴⁵ hoewel dit niet met cijfers wordt onderbouwd.

Deweese, Duff en Trebilcock menen dat Brown alleen gebruikmaakt van statistische gegevens, zonder een causale relatie aan te tonen tussen bepaalde wettelijke maatregelen, de invoering van een no-fault compensatiefonds en het aantal verkeersongevallen of het verkeersgedrag. Bij afwezigheid van een dergelijke rechtseconometrische analyse kennen zij een beperkte waarde toe aan de uitkomsten van het onderzoek van Brown.⁴⁶

Zador en Lund hebben getracht de onderzoeksresultaten van Landes te pareren. Zij maken gebruik van ongevalsdata uit vijftig Amerikaanse staten in de periode 1967-1980. Verder rangschikken zij de *threshold* no-fault staten naar omvang van de *threshold*, gecorrigeerd naar de verschillen in kosten van de gezondheidszorg. Zij komen tot de conclusie dat in no-fault staten met een lage *threshold* het aantal dodelijke verkeersongevallen daalde en dat

41 Landes 1982, p. 49-62. Zij gebruikt ongevalsdata uit alle Amerikaanse staten in de periode 1967-1976.

42 Zie Sloan, Reilly & Schenzler 1994, p. 56 en Deweese, Duff & Trebilcock 1996, p. 24 en 68 voor een overzicht van deze kritiek.

43 Sugarman 1985, 589-590.

44 Brown 1985, 976-1002, met data over de periode 1964-1982.

45 Brown 1985, p. 1001-1002.

46 Deweese, Duff & Trebilcock 1996, p. 69, noot 97. Van Dam 2001, p. 523-525.

in staten met een hoge *threshold* het aantal dodelijke verkeersongevallen ongeveer gelijk bleef. Zij hebben geen direct verband ontdekt tussen de beperking van de aansprakelijkheid en de toename van het aantal dodelijke verkeersongevallen.⁴⁷

Zador en Lund hebben verder geen statistisch bewijs gevonden voor de veronderstelling dat een no-fault verzekering tot minder zorgvuldigheid bij de autobestuurder leidt, waardoor het aantal dodelijke verkeersongevallen zou toenemen. Ook is er volgens hen geen empirisch bewijs van de *trade off* tussen een daling van de verzekeringspremie bij de invoering van een no-fault systeem (afname van de financiële prikkels) en de daling van de zorgvuldigheid bij de autobestuurder.⁴⁸

McEwin heeft onderzocht welke effecten een no-fault systeem in Australië⁴⁹ en Nieuw Zeeland heeft gehad op het aantal verkeersongevallen.⁵⁰ De resultaten van zijn onderzoek suggereren dat de afschaffing van de aansprakelijkheid heeft geleid tot een stijging van het aantal dodelijke verkeersongevallen per hoofd van de bevolking. Ook heeft de invoering van een zuiver no-fault systeem geleid tot een lichte toename van het ongevalsrisico. De invoering van een verplichte no-fault verzekering onder handhaving van de mogelijkheid tot het instellen van een aansprakelijkheidsvordering heeft geen wezenlijke invloed gehad op het aantal verkeersongevallen. McEwin concludeert dat ter bevordering van zorgvuldig verkeersgedrag in zijn algemeenheid de handhaving van een aansprakelijkheidsvordering een belangrijke factor blijft,⁵¹ hoewel een direct causaal verband niet met cijfers wordt onderbouwd.

Deweese, Duff en Trebilcock menen dat de conclusies van McEwin ten aanzien van de effecten op de aansprakelijkheid niet duidelijk zijn. Het bleek namelijk niet mogelijk om de effecten van de afschaffing van de aansprakelijkheidsvordering sec te berekenen. Ook is volgens hen onvoldoende rekening gehouden met de niet-gedifferentieerde premiestructuur van een no-fault verzekering.⁵²

47 Zador & Lund 1986, 226-241. Kochanowski & Young 1985, 269-288, komen in hun onderzoek, waarbij zij gebruikmaken van data omtrent verkeersongevallen per 100 miljoen afgelegde automijlen in alle Amerikaanse staten in de periode 1975-1977, ook tot de conclusie dat de invoering van een no-fault systeem niet tot een toename van het aantal dodelijke verkeersongevallen heeft geleid.

48 Zador & Lund 1986, p. 234-235.

49 In de jaren zeventig van de vorige eeuw is in een aantal Australische jurisdicties, Tasmanie (1976), Victoria (1974), Northern Territory (1979), een vorm van no-fault ingevoerd. Zie daarover Chapman & Trebilcock 1991, p. 4-5; Drabsch 2005, p. 28-32.

50 McEwin 1989, p. 13-24. De ongevalsdata hebben betrekking op de periode 1970-1981.

51 McEwin 1989, p. 23-24.

52 Deweese, Duff & Trebilcock 1996, p. 25. McEwin erkent later dat de uitkomsten van zijn onderzoek tot discussie leiden, omdat de verschillende toetsingsvariabelen met betrekking tot dodelijke verkeersongevallen moeilijk kunnen worden geïsoleerd om de effecten daarvan te kunnen meten. Zie McEwin 1999, p. 740.

Devlin heeft onderzoek gedaan naar de effecten van het zuivere no-fault systeem in de Canadese provincie Quebec op de zorgvuldigheid van de ongevalbetrokkenen.⁵³ Deze no-fault verzekering is in 1978 in Quebec ingevoerd en wordt tegen een vaste premie door de overheid aangeboden. Devlin berekent voor de periode 1971-1984 de gevolgen van de overgang van een fault naar een zuiver no-fault systeem op het aantal verkeersongevallen.⁵⁴ De resultaten van haar onderzoek wijzen uit dat het aantal dodelijke verkeersongevallen en het aantal verkeersongevallen met letsel door de invoering van een no-fault systeem met 6-10% is gestegen. Devlin schrijft dit toe aan de invoering van een zuiver no-fault systeem met een niet-gedifferentieerde premiestructuur. Daarnaast heeft Devlin berekend dat het aantal dodelijke verkeersongevallen en het aantal verkeersongevallen met letsel stijgt met 9,6%, rekening houdend met de veronderstelde vermindering van de uitgeoefende zorg van de autobestuurder als gevolg van de invoering van een zuiver no-fault regime.⁵⁵ De verminderde zorgvuldigheid is volgens Devlin te wijten aan de platte premiestructuur van het no-fault systeem. Een gedifferentieerde premie zal dit volgens haar maar deels oplossen, omdat het slachtoffer nog steeds schadeloos wordt gesteld, zonder dat rekening wordt gehouden met zijn uitgeoefende zorg op het moment van het ongeval. Zij plaatst wel de kanttekening dat het effect van een gedifferentieerde premiestructuur op de preventie van verkeersongevallen moeilijk empirisch kan worden bepaald.⁵⁶

Sloan, Reilly en Schenzler hebben onderzocht welke juridische instrumenten hebben bijgedragen aan een stijging of daling van het aantal verkeersongevallen in de VS.⁵⁷ Zij berekenen bijvoorbeeld een toename (18%) van het aantal dodelijke verkeersongevallen bij een no-fault systeem waarbinnen 25% van alle aansprakelijkheidsvorderingen is uitgesloten. Ook bleek dat bij een verplichte eerste partij verzekering voor persoonlijke letselschade (*personal injury protection*, PIP) waarbij het instellen van een aansprakelijkheidsvordering nog onbeperkt openstaat, het aantal dodelijke verkeersongevallen is gestegen, hoewel minder dan bij een no-fault systeem waarbinnen de aansprakelijkheidsvordering is beperkt.⁵⁸

Sloan, Reilly en Schenzler plaatsen bij de uitkomsten van hun onderzoek zelf de kanttekening dat in de door hen onderzochte periode geen nieuw no-fault systeem werd ingevoerd, waardoor ook geen vergelijking tussen pre no-fault en post no-fault kon worden gemaakt.

53 Devlin 1990, p. 193-205.

54 Devlin 1990, p. 202-204.

55 Devlin 1990, p. 197 en 201.

56 Devlin 1990, p. 200-202; Van Dam 2001, p. 527-529. Zie ook Dewees, Duff & Trebilcock 1996, p. 26, die menen dat het niet eenvoudig is om een onderscheid te maken tussen het effect van no-fault op het aansprakelijkheidsrecht enerzijds en op het verzekeringssysteem anderzijds.

57 Sloan, Reilly & Schenzler 1994, p. 53-71. De data in dit onderzoek hebben betrekking op verkeersongevallen per Amerikaanse staat in de periode 1982-1990.

58 Sloan, Reilly & Schenzler 1994, p. 66-69.

Ook menen zij dat in de VS geen enkele staat een zuiver no-fault systeem heeft ingevoerd, zodat de werkelijke effecten van een zuiver no-fault systeem op het aantal verkeersongevallen niet kan worden gemeten. Verder worden bij de genoemde PIP no-fault verzekering wel premietoelagen toegepast, doch niet frequent en voor een relatief laag bedrag. Sloan, Reilly en Schenzler hadden echter onvoldoende empirische gegevens om een verband tussen deze premietoelagen en de uitgeoefende zorg door de autobestuurder te kunnen aantonen.⁵⁹

Cummins, Phillips en Weiss hebben de relatie onderzocht tussen het aantal dodelijke verkeersongevallen en de striktheid van de no-fault drempel (*threshold*).⁶⁰ Zij concluderen dat aansprakelijkheid van invloed kan zijn op het rijgedrag van de autobestuurder, wat kan leiden tot een dodelijk verkeersongeval. De resultaten ondersteunen de theoretisch gemaakte veronderstelling dat no-fault leidt tot een vermindering van de preventieve werking van aansprakelijkheid, waardoor het aantal dodelijke verkeersongevallen bij no-fault hoger (5,5-9,9%) is dan bij fault. Zij suggereren dat de door hen berekende verminderde zorgvuldigheid van de autobestuurder deels kan worden gecompenseerd door een gedifferentieerde premiestructuur binnen de autoverzekering.⁶¹

Loughran onderzoekt of no-fault leidt tot een vermindering van de prikkels van zorg bij de autobestuurder en daardoor tot een stijging van het aantal verkeersongevallen en van de kosten van de verzekering.⁶² Bij zijn onderzoek betreft Loughran informatie over verkeersovertredingen en ander onrechtmatig gedrag van de autobestuurder dat de oorzaak is geweest van het verkeersongeval. Daarmee test hij de veronderstelling dat de frequentie van onrechtmatig gedrag als belangrijke factor bij dodelijke verkeersongevallen hoger is in staten met een no-fault systeem.⁶³

Naar aanleiding van zijn onderzoek concludeert Loughran dat de invoering van een no-fault systeem in de periode tussen 1971 en 1976 geen effect heeft gehad op het aantal dodelijke verkeersongevallen in die periode. Er is een kleine aanwijzing dat de mate van onrechtmatig gedrag van de autobestuurder als oorzaak van een dodelijk verkeersongeval in no-fault staten hoger is dan in fault staten. Over het algemeen echter hebben staten met een no-fault systeem een lager aantal verkeersongevallen en is ook het onrechtmatige

59 Sloan, Reilly & Schenzler 1994, p. 60, 67 en 69. Van Dam 2001, p. 522-523.

60 Cummins, Phillips & Weiss 2001, p. 427-464. Zij maken daarbij gebruik van ongevalsdata van alle Amerikaanse staten in de periode 1982-1994.

61 Cummins, Phillips & Weiss 2001, 448-451. Zij verwijzen naar het onderzoek van Landes, Devlin & McEwin, waarin ook een positief verband tussen no-fault en een stijging van het aantal dodelijke verkeersongevallen werd gemeten. Zie hiervoor voor een weergave van deze studies met de daarbij gemaakte kanttekeningen.

62 Loughran 2001. Hij gebruikt data van alle dodelijke verkeersongevallen in de VS in de periode 1975-1998.

63 Loughran 2001, p. 14.

gedrag van de autobestuurder als oorzaak van een verkeersongeval in de meerderheid van de onderzochte situaties lager dan in staten met een fault systeem.⁶⁴

Cohen en Dehejia onderzoeken op welke wijze aansprakelijkheid en de invoering van no-fault het rijgedrag en daarmee het aantal verkeersongevallen kan beïnvloeden.⁶⁵ Zij verwijzen naar de hiervoor genoemde studies waarin volgens hen geen onderscheid is gemaakt tussen de effecten van de invoering van no-fault met een beperking van de aansprakelijkheidsvordering en de effecten van de invoering van een verplichte verzekering voor persoonlijke letselschade (PIP). Een beperking van de aansprakelijkheidsvordering leidt in hun berekening tot een toename van het aantal verkeersongevallen met ongeveer 10% en met ongeveer 7% berekend naar gereden automijlen.⁶⁶ Zij menen dat hun analyse aantoont dat het rijgedrag van autobestuurders wordt beïnvloed door financiële prikkels. Een vermindering van de verwachte ongevalskosten die het gevolg zijn van een vermindering van de aansprakelijkheid of het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering leidt tot een stijging van het aantal verkeersongevallen.⁶⁷

Marco en Salvietti testen de veronderstellingen dat het aansprakelijkheidsrecht de juiste prikkels geeft om een optimaal zorg- en activiteitsniveau in het verkeer aan te wenden en dat no-fault daardoor zal leiden tot een hoger activiteitsniveau respectievelijk een lager zorgniveau. Het effect op het activiteitsniveau wordt gemeten aan de hand van het aantal auto's en het aantal gereden mijlen per auto. Het zorgniveau wordt afgeleid uit de wijziging van het aantal dodelijke verkeersongevallen.⁶⁸

Zij komen tot de conclusie dat het effect van no-fault op het aantal dodelijke verkeersongevallen positief is en berekenen een toename van ongeveer 10%. Dit suggereert volgens hen dat staten die een no-fault systeem willen invoeren te maken krijgen met een stijging van het aantal dodelijke verkeersongevallen en een daling van de zorgvuldigheid in het verkeer. De effecten op het aantal auto's en het aantal gereden automijlen is niet significant en dit suggereert dat no-fault geen invloed heeft op het activiteitsniveau.⁶⁹

64 Loughran 2001, p. 35-37.

65 Cohen & Dehejia 2004, p. 357-393. Zij gebruiken ongevalsdata uit alle Amerikaanse staten in de periode 1970-1998. In dit onderzoek ligt overigens de nadruk op de niet-verzekerde motorrijtuigbestuurder als onderzoeksvariabele. De hypothese daarbij is dat niet-verzekerde motorrijtuigbestuurders meer prikkels van zorg hebben dan verzekerde motorrijtuigbestuurders (morele risico). De voorspelling is dat hoe hoger het aandeel niet-verzekerde motorrijtuigbestuurders is, hoe lager het aantal verkeersongevallen.

66 Cohen & Dehejia 2004, p. 373-375.

67 Cohen & Dehejia 2004, p. 378-379.

68 Marco & Salvietti 2007. Zij vergelijken de data met betrekking tot het aantal dodelijke verkeersongevallen in fault en no-fault staten in de VS over de periode 1967-1994.

69 Marco & Salvietti 2007, p. 22-24.

Heaton en Helland hebben berekend wat de invloed van no-fault kan zijn op het totaal aantal verkeersongevallen. Daarbij maken zij gebruik van gedetailleerde gegevens over verkeersongevallen in New Jersey, North Carolina en Utah. Zij richten zich met name op ongevallen waar autobestuurders van buiten de genoemde staten, die zich kenmerken door de aanwezigheid van belangrijk interstatelijk vervoer en transport, bij betrokken zijn.⁷⁰ De veronderstelling bij dit empirisch onderzoek is dat autobestuurders uit no-fault staten meer ongevallen veroorzaken rekening houdend met de verschillende soorten ongevallen en bestuurder- en voertuigeigenschappen.

De kritiek van de auteurs op eerder empirisch onderzoek richt zich vooral op het enkele gebruik van gegevens over dodelijke verkeersongevallen. Hoewel dodelijke verkeersongevallen (1% van het totaal aantal ongevallen) tot hoge maatschappelijke kosten leiden, geldt dit volgens hen in meerdere mate voor de niet-dodelijke verkeersongevallen.⁷¹

Uit het onderzoek komt volgens Heaton en Holland minimaal bewijs naar voren dat een no-fault dekking in verband staat met meer verkeersongevallen. Er is weinig bewijs voor de stelling dat autobestuurders met een no-fault verzekering meer verkeersongevallen veroorzaken dan autobestuurders die onder een ander systeem vallen. In het algemeen suggereren de resultaten van hun onderzoek dat de vermeende negatieve gedragswijzigingen van autobestuurders bij no-fault bescheiden zijn en eerder de ernst van het ongeval beperkt lijken te beïnvloeden dan het aantal verkeersongevallen.⁷²

3.3 *Conclusie empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van fault en no-fault*

De resultaten van het empirisch onderzoek geven geen uniform beeld en de uitkomsten zijn onderling tegenstrijdig. In een deel van de studies wordt eerder verschenen empirisch onderzoek bekritiseerd om vervolgens aan te tonen dat in het eigen onderzoek wel de juiste toetsingsvariabelen worden gebruikt, waardoor de uitkomsten significant zijn. Daarnaast is gebleken dat de uitgangspunten van de studies onderling verschillen, zodat geen eenduidige conclusies kunnen worden gegeven. Dewees, Duff en Trebilcock merken in dat verband op dat het niet eenvoudig is om een onderscheid te maken tussen het effect van no-fault op het aansprakelijkheidsrecht enerzijds en op het verzekeringssysteem anderzijds. Veel

70 Heaton & Holland 2010. Zij gebruiken ongevalsdata uit de 'choice' staat New Jersey (ongevalsrapporten van 1,9 miljoen verkeersongevallen tussen 2001 en 2006, uit de 'tort' staat North-Carolina (200.000 ongevallen op autowegen tussen 2000 en 2004) en uit de 'no-fault' staat Utah (85.000 ongevallen op autowegen tussen 1996 en 2000).

71 Heaton & Holland 2010, p. 3-5 en p. 24.

72 Heaton & Holland 2010, p. 13-21.

studies maken in het geheel geen onderscheid tussen aansprakelijkheid en verzekering.⁷³ Ten slotte wordt in de besproken studies vooral het effect van de invoering van een no-fault systeem op het aantal verkeersongevallen en verkeersslachtoffers gemeten. Voor wat betreft de effecten van no-fault op het gedrag van de verkeersdeelnemer kunnen bijna uitsluitend afgeleide conclusies worden getrokken.

Uitgaande van de veronderstelde prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht kan worden gesteld dat in theorie een fault systeem tot betere gedragseffecten leidt dan een no-fault systeem waarbij de aansprakelijkheid is afgeschaft. Er is echter geen empirisch onderzoek voorhanden waarmee kan worden aangetoond dat met een fault systeem deze veronderstelde gedragseffecten ook daadwerkelijk worden bereikt. Daarnaast is de veronderstelling dat bij no-fault verkeersdeelnemers zich minder zorgvuldig gedragen dan bij een fault systeem empirisch niet aangetoond. Dit betekent dat rekening houdend met de gedragseffecten vooralsnog geen keuze kan worden gemaakt voor fault of no-fault.

Eerder in deze bijdrage is opgemerkt dat een no-fault systeem zowel elementen van een aansprakelijkheidsverzekering, vergoeding aan het slachtoffer, als van een schadeverzekering, PIP-vergoeding aan de autobestuurder, bevat. Het meewegen van dit verzekeringsaspect betekent dat een belangrijke preventieve rol voor de no-fault verzekeraar is weggelegd. Met name via de PIP-verzekering kan door een optimale premiedifferentiatie het gedrag van de autobestuurder worden beïnvloed. De PIP-verzekeraar beschikt over meer directe informatie om te onderzoeken of het gedrag van de autobestuurder (verkeers-overtredingen) aanleiding geeft tot een premieaanpassing.⁷⁴ Bij fault is de aansprakelijkheid van de autobestuurder door een derde partij verzekering gedekt. De aansprakelijkheidsverzekeraar is bij de beïnvloeding van het gedrag van de autobestuurder grotendeels afhankelijk van het gedrag van het onbekende slachtoffer, waardoor de controle van het morele risico wordt bemoeilijkt.⁷⁵ Deze (theoretische) beschouwing valt buiten de kern van deze bijdrage,⁷⁶ maar toont aan dat zij bij de uiteindelijke keuze tussen fault en no-fault een belangrijke rol kan spelen.

73 Dewees, Duff & Trebilcock 1996, p. 26; McEwin 1999, p. 740; Van Velthoven 2000, p. 319; Van den Bergh 1998, p. 65.

74 Van Dam 2001, p. 530-531. Bij een eerste partij schadeverzekering kan het morele risico beter worden gecontroleerd dan bij een derde partij aansprakelijkheidsverzekering. Zie par. 1.3.

75 In par. 1.3 is toegelicht waarom de controle van het morele risico bij een schadeverzekering beter is gewaarborgd dan bij een aansprakelijkheidsverzekering.

76 Zie over het morele risico de bijdrage van Van Boom & Faure.

4 TOETSING VAN DE NEDERLANDSE VERKEERSAANSPRAKELIJKHEID?

4.1 *De Nederlandse verkeersaansprakelijkheid vanuit juridisch en economisch perspectief*

De Nederlandse verkeersaansprakelijkheid is nog altijd een fault systeem. Dit houdt in dat het gemotoriseerde verkeersslachtoffer op basis van artikel 6:162 BW moet aantonen dat de veroorzaker een onrechtmatige daad (fout) heeft begaan ten gevolge waarvan het verkeersongeval is ontstaan, waardoor het slachtoffer schade heeft geleden. Indien het slachtoffer niet kan aantonen dat de veroorzaker een fout heeft gemaakt of hij heeft eigen schuld aan het ontstaan van het verkeersongeval, zal hij zijn schade geheel of gedeeltelijk zelf moeten dragen. Deze regeling is van toepassing op verkeersongevallen tussen motorrijtuigen onderling, fietsers onderling en verkeersongevallen tussen fietsers en voetgangers.⁷⁷

Bij verkeersongevallen tussen gemotoriseerd en niet-gemotoriseerd verkeer geldt de bijzondere regeling van artikel 185 Wegenverkeerswet (WVW). Op basis daarvan is de houder van het motorrijtuig aansprakelijk indien hij betrokken⁷⁸ is bij een verkeersongeval met een niet-gemotoriseerde, tenzij hij overmacht aannemelijk maakt. Ingevolge de jurisprudentie is een beroep op overmacht inmiddels sterk beperkt.⁷⁹ Is er geen overmacht, dan is de houder van het motorrijtuig aansprakelijk voor de schade van het niet-gemotoriseerde slachtoffer, tenzij deze eigen schuld heeft aan het ontstaan van het verkeersongeval. In dat kader wordt op basis van artikel 6:101 lid 1 BW geoordeeld over de wederzijdse causaliteit waarop eventueel een billijkheidscorrectie wordt toegepast. Bij een slachtoffer beneden de veertien 14 jaar bedraagt deze billijkheidscorrectie 100%, tenzij er sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, en bij het slachtoffer boven de 14 jaar bedraagt deze billijkheidscorrectie minimaal 50%, tenzij sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid.⁸⁰

Ten aanzien van het regres van de particuliere en sociale verzekeraars van het verkeersslachtoffer heeft de Hoge Raad in een aantal arresten geoordeeld dat deze regresnemers

⁷⁷ Zie daarover Elzas 2000, 211-1 t/m 211-38; Van Dam 1998, p. 23-45; Van Dam 2000, p. 278-280; Van Dam 2001, p. 80-81.

⁷⁸ Zie daarover Van Dam 2005, p. 301-306.

⁷⁹ Zie HR 24 december 1982, NJ 1983, 443 (*Wijman/Corten*); HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527, VR 1992, 94 (*ABP/Winterthur*); HR 17 november 2000, NJ 2001, 260 (*FBTO/Delta Lloyd*). Wel overmacht in: HR 31 mei 2002, NJ 2004, 161 (*Bijsma/ABP*).

⁸⁰ Zie meer uitvoerig daarover onder anderen: Van Dam 2001, p. 79-136; Hartlief & Tjittes 1999, p. 123-137 en p. 143-151; Spier 1996, p. 207-234; Asser/Hartkamp 1998, p. 205-222; Spier e.a. 2003, p. 143-160.

geen beroep kunnen doen op de billijkheidsregels van 50% en 100% die gelden ter bescherming van het niet-gemotoriseerde verkeersslachtoffer. De vordering van de regresnemers dient te worden beoordeeld via de overmacht van artikel 185 WVV en de eigen schuld van artikel 6:101 BW.⁸¹

Behalve deze rol van de regresnemers is een belangrijk verschil met Noord-Amerika dat in Nederland nog sprake is van een breed vangnet van particuliere, sociale volksverzekeringen.⁸² Deze verzekeringen kunnen als een soort no-fault worden gezien, waarbinnen op basis van een niet-gedifferentieerde premiestructuur min of meer vaste uitkeringen worden gedaan.⁸³

Vertaald naar economische criteria kan het Nederlandse stelsel van verkeersaansprakelijkheid worden beschouwd als een *comparative negligence*-regel wanneer het gaat om verkeersongevallen die op basis van artikel 6:162 BW worden afgewikkeld. Bij verkeersongevallen die worden beheerst door artikel 185 WVV is deels sprake van een (no-fault) vergoedingssysteem bij slachtoffers beneden de 14 jaar. Opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid wordt immers zelden aangetoond. Bij slachtoffers boven de 14 jaar vertoont het systeem, vanwege het beperkte eigen schuldverweer jegens het slachtoffer, raakvlakken met een regel van risicoaansprakelijkheid met een eigenschuldverweer. Bij overmacht aan de zijde van de gemotoriseerde of bij opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de niet-gemotoriseerde, zou sprake kunnen zijn van een *contributory negligence*, omdat in dat geval de vergoedingsplicht van de gemotoriseerde geheel vervalt. De vordering van de regresnemers, die wordt beoordeeld op basis van art. 185 WVV en art. 6:101 BW, kan ten slotte worden beschouwd als een *comparative negligence*-regel.

4.2 De gedragseffecten binnen de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid

De Nederlandse verkeersaansprakelijkheid is zowel vanuit juridisch als economisch perspectief een lappendeken van aansprakelijkheids- en vergoedingsregels. Bij de afwikkeling van een verkeersongeval zijn daarnaast, afhankelijk van de ernst van het ongeval, zeer veel personen en instanties betrokken, zoals slachtoffer, dader, politie, ambulance, artsen, therapeuten, zorgverzekeraar, aansprakelijkheidsverzekeraar, belangenbehartiger/advocaat, arbeidsdeskundige, medisch adviseur, expertisebureau, rechter. Een uitgebreide toetsing van de toegepaste aansprakelijkheids- en vergoedingsregels en alle daarbij betrokken partijen

81 HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700-702; HR 5 december 1997, NJ 1998, 400-402.

82 Door verschillende wetswijzigingen die tot een besparing op de maatschappelijke kosten moesten leiden, is inmiddels niet langer sprake van een (comfortabel) vangnet. Zie voor een recent overzicht onder anderen: Loonstra 2007, p. 135-169; Fluit 2007.

83 Zie Van Maanen 2003, p. 191-196.

valt buiten deze bijdrage.⁸⁴ Centraal staan hier immers de (preventieve) gedragseffecten van fault en no-fault bij de (directe) ongevalbetrokkenen, namelijk dader, slachtoffer en verzekeraar(s). Binnen dat kader kan de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid worden omschreven als een fault systeem met no-fault elementen die echter niet als zodanig zijn benoemd.

De fault aspecten worden toegepast op verkeersongevallen die op basis van artikel 6:162 BW worden geregeld (bijvoorbeeld gemotoriseerden onderling) en op de vordering van de niet-gemotoriseerde ouder dan 14 jaar op basis van artikel 185 WVV. Gelet op de uitkomsten van de economische theorie worden met deze aansprakelijkheidsregels suboptimale gedragseffecten bereikt. Ten aanzien van de verkeersongevallen tussen gemotoriseerden onderling zorgt de regel van foutaansprakelijkheid ervoor dat beide partijen een optimaal zorgniveau uitoefenen. De dader zal bij de uitoefening van een optimaal zorgniveau niet aansprakelijk zijn en geen optimaal activiteitsniveau uitoefenen. Bij artikel 185 WVV-ongevallen zal de regel van risicoaansprakelijkheid met een eigenschuldverweer de gemotoriseerde aanzetten tot een optimaal zorg- en activiteitsniveau. De niet-gemotoriseerde (> 14 jaar) zal bij deze regel een optimaal zorgniveau uitoefenen, zodat hij zijn schade krijgt vergoed, maar heeft daarmee geen prikkel om een optimaal activiteitsniveau aan te wenden.⁸⁵

De no-fault elementen komen naar voren bij de vergoeding van de niet-gemotoriseerden tot 14 jaar. Door het theoretische verweer van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid is echter geen sprake van een no-fault verzekering. De uitkeringen van de sociale en particuliere verzekeraars zijn hiervoor vergeleken met no-fault. Naast de schade ten gevolge van een verkeersongeval geven deze verzekeraars echter ook dekking voor letselschade die het gevolg is van andere ongevallen.⁸⁶ Dit laat zich moeilijk vergelijken met een no-fault verzekering naar aanleiding van een verkeersongeval die in deze bijdrage aan de orde is. Overeenkomsten tussen beide vormen van verzekering kunnen worden gevonden in de niet-gedifferentieerde premiestructuur en de vaste uitkeringen. Omdat er op deze wijze geen controle van het morele risico plaatsvindt, is economisch gezien sprake van een suboptimale uitkomst.

Wanneer de verzekeringsaspecten bij deze toetsing worden betrokken, zal ook een suboptimale uitkomst worden bereikt. Er is sprake van een aansprakelijkheidsverzekering waarbinnen het morele risico en de antisectie minder goed kunnen worden gecontroleerd,

84 Een dergelijke toetsing noopt ook naar de (maatschappelijke) kosten van deze regelingen te kijken, hetgeen in deze bijdrage niet aan de orde is. Daarvoor kan worden verwezen naar Van Dam 2001, p. 572-797.

85 Zie par. 1.1.

86 Zie Van Dam 2001, p. 578-579.

omdat de verzekeraar geen informatie heeft over het gedrag van de onbekende derde die door toeval bij een ongeval met zijn verzekerde betrokken raakt. Het slachtoffer heeft weliswaar een eigen sociale of particuliere (zorg) verzekering. Daarbinnen wordt echter een platte premiestructuur gehanteerd en zijn er vaste uitkeringen, zodat het morele risico onvoldoende wordt gereduceerd.⁸⁷

Een empirische toetsing naar bijvoorbeeld de gedragseffecten van een regel van risicoaansprakelijkheid met een eigenschuldverweer was niet mogelijk. Voor het overige bleken de uitkomsten van het empirisch onderzoek naar fault en no-fault niet eenduidig te zijn.

Geconcludeerd kan worden dat ook met betrekking tot de Nederlandse verkeersaansprakelijkheid op basis van de gedragseffecten geen keuze kan worden gemaakt tussen fault en no-fault. Deze keuze kan in theorie worden beïnvloed door rekening te houden met bepaalde verzekeringsaspecten.⁸⁸ Naast verzekering is er nog een ander instrument waarmee direct invloed kan worden uitgeoefend op het verkeersgedrag, namelijk veiligheidsregulering.⁸⁹ De regulering heeft onder andere betrekking op de maximumsnelheid, alcohol en de autoveiligheid. Empirisch onderzoek heeft aangetoond dat met deze regulering onder bepaalde voorwaarden het gedrag van verkeersdeelnemers positief kan worden beïnvloed.⁹⁰

5 CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

In deze bijdrage is aandacht besteed aan de gedragseffecten van fault en no-fault. Daaruit kan worden geconcludeerd dat in theorie fault een voorkeur heeft boven no-fault. Daarbij wordt verondersteld dat van aansprakelijkheid een preventieve werking uitgaat, iets wat niet het geval is binnen een systeem waarin de aansprakelijkheid is afgeschaft. In het empirisch onderzoek is deze theoretische conclusie niet bevestigd.

In deze bijdrage is ook gebleken dat fault en no-fault voor wat betreft de gedragseffecten niet geïsoleerd kunnen worden gezien. Door de invloed van verzekering is bijvoorbeeld de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht in de verzekeringsvoorwaarden geïncorporeerd. Daarmee kan vanuit preventief oogpunt ook no-fault een nieuwe kans krijgen. De afschaffing van de aansprakelijkheid kan worden opgevangen door een no-

87 Zie par. 1.3.

88 Zie par. 2.3.

89 Zie par. 1.2.

90 Zie voor een overzicht daarvan: Van Dam 2001, p. 463-501. Voor Nederland kan verder worden verwezen naar de statistieken van het Centraal Bureau voor de Statistiek (o.a. CBS Persbericht PB07-031), de ongevalcijfers van de Adviesdienst Verkeer en Vervoer van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en de onderzoeksrapporten van de Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid (SWOV).

fault verzekering met gedifferentieerde premie- en polisvoorwaarden, waarmee het gedrag van verzekerde in theorie optimaal kan worden beïnvloed. In de praktijk beschikt de no-fault verzekering nog niet over deze noodzakelijke elementen om het gedrag van de ongevalbetrokkenen te controleren.

In deze bijdrage is ten slotte geconstateerd dat zowel bij fault als no-fault aanvullende maatregelen nodig zijn om de gedragseffecten bij de ongevalbetrokkenen te waarborgen.

Dit kan via de verzekeringsvoorwaarden door een optimale premiedifferentiatie. De verzekeraar zou (meer) kunnen onderzoeken of het gedrag van de ongevalbetrokkenen (verkeersovertredingen) aanleiding geeft tot een premieaanpassing. Daarnaast is ook *ex ante* veiligheidsregulering nodig om het gedrag van de ongevalbetrokkenen te beïnvloeden en om te voorkomen dat ongevalbetrokkenen achteraf aansprakelijk of vergoedingsplichtig zijn respectievelijk hun eigen schade dienen te dragen.

LITERATUUR

Adams 1985

M. Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg: R. v. Deckers's Verlag 1985.

Akerlof 1970

G.A. Akerlof, 'The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism', *Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488-500.

Anderson et al. 2010

J.M. Anderson, P. Heaton & S.J. Carroll, *The U.S. Experience with No-Fault Automobile Insurance, A Retrospective*, RAND Corporation, Working Paper 2010, 170 p.

Asser 1998

C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel 3, De verbintenis uit de wet*, bewerkt door A.S. Hartkamp, Zwolle: Tjeenk Willink 1998.

Van den Bergh 1998

R.J. Van den Bergh, 'Automatische vergoeding van schade geleden door zwakke verkeersdeelnemers: een rechtseconomische kritiek', in: M. Faure & T. Hartlief, *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 27-75.

Bloembergen 1980

A.R. Bloembergen, 'De invloed van verzekeringen', *NJB*, 1980, p. 174-183.

Brown 1985

C. Brown, 'Deterrence in Tort and No-Fault: The New Zealand Experience', *California Law Review*, 1985, p. 976-1002.

Burrows 1995

P. Burrows, 'Analyzing Legal Paternalism', *International Review of Law and Economics*, 1995, p. 489-508.

Carroll & Kakalik 1993

S.J. Carroll & J.S. Kakalik, 'No-Fault Approaches to Compensating Auto Accident Victims', *Journal of Risk and Insurance*, 1993, p. 265-287.

Chapman & Trebilcock 1991

B. Chapman & M.J. Trebilcock, 'Making Hard Social Choices: Lessons from the Auto Accident Compensation Debate', *Law and Economics, Working Paper Series*, 1991, 83 p.

Cohen & Dehejia 2004

A. Cohen & R. Dehejia, 'The Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Laws on Traffic Fatalities', *Journal of Law and Economics*, 2004, p. 357-393.

Cole et al. 2012

C.R. Cole, K.L. Eastman, P.F. Maroney, K.A. McCullough & D. Macpherson, 'The Impact of No-Fault Legislation on Automobile Insurance', *The North American Actuarial Journal*, 2012, p. 306-322.

Cummins et al. 2001

D. Cummins, M. Weiss & R. Phillips, 'The Incentive Effects of No-Fault Automobile Insurance', *Journal of Law and Economics*, 2001, p. 427-464.

Curran 1992

C. Curran, 'The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States', *International Review of Law and Economics*, 1992, p. 317-332.

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1989.

Van Dam 1998

C.C. van Dam, 'Bewijs bij verkeersongevallen', in: *Bewijs en letselschade*, Lelystad: Vermande, LSA 1998, p. 23-45.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Van Dam 2001

M. van Dam, *Verkeersongevallen, een rechtseconomisch, empirisch en positiefrechtelijk onderzoek naar de werking van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsregulering in het verkeer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

Van Dam 2005

M. van Dam, 'De betrokkenheid bij een verkeersongeval in de zin van artikel 185 WWV', *Verkeersrecht*, 2005, p. 301-306.

Deben & Vereeck 2004

L. Deben & L. Vereeck, *Rechtseconomische theorie van verkeersaansprakelijkheid en regulering*, Diepenbeek, 2004, RA-2004-23, 126 p.

Devlin 1990

R.A. Devlin, 'Some Welfare Implications of No-Fault Automobile Insurance', *International Review of Law and Economics*, 1990, p. 193-205.

Deweese et al. 1996

D.N. Deweese, D. Duff & M.J. Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law*, Oxford: Oxford University Press 1996.

Drabsch 2005

T. Drabsch, *No Fault Compensation*, NSW Parliamentary Library Briefing Paper, 2005, nr. 6/05, 55 p.

Elzas 2000

R.Ph. Elzas, *Handboek Schaderegeling Motorijtuigen*, 2000, 211-1 t/m 211-38.

Faure & Van den Bergh 1989

M.G. Faure & R.J. van den Bergh, *Objectieve Aansprakelijkheid, Verplichte Verzekering en Veiligheidsregulering*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu uitgevers 1989.

Faure 2010

M.G. Faure, 'Behavioural Accident Law and Economics', *The Journal of Applied Economy*, 2010, p. 11-68.

Fluit 2007

P.S. Fluit, *Sociale Zekerheidswetgeving*, Deventer: Kluwer 2007.

Hartlief & Klosse 2003

T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Hartlief & Tjittes 1999

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer, Serie Recht en Praktijk, nr. 79, 1999.

Heaton & Helland 2010

P. Heaton & E. Helland, *No-Fault Insurance and Automobile Accidents*, RAND Corporation, Working paper, 2010, 35 p.

Holzhauer & Teijl 1995

R.W. Holzhauer & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Deventer: Kluwer 1995.

Kinzler 2006

P.J.D. Kinzler, 'Auto Insurance Reform Options: How to Change State Tort and No-Fault Laws to Reduce Premiums and Increase Consumer Choice', *Issue Analysis, NAMIC*, 2006, 44 p.

Kochanowski & Young 1985

P.S. Kochanowski & M.V. Young, 'Deterrent Aspects of No Fault Automobile Insurance: Some Empirical Findings', *Journal of Risk and Insurance*, 1985, p. 269-288.

Landes 1982a

E.M. Landes, 'Insurance, Liability, and Accidents: A Theoretical and Empirical Investigation of the Effect of No-Fault Accidents', *Journal of Law and Economics*, 1982, p. 49-65.

Landes 1982b

E.M. Landes, 'Compensation for Automobile Accident Injuries: Is the Tort System Fair?', *Journal of Legal Studies*, 1982, p. 253-259.

Liao & White 1999

Y.-P. Liao & M.J. White, 'No-Fault for Motor Vehicles: An Economic Analysis', *American Law and Economics Review*, 1999, p. 258-294.

Loonstra 2007

C.J. Loonstra, *Hoofdstukken sociaal recht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2007, p. 135-169.

Loughran 2001

D.S. Loughran, *The Effect of No-Fault Auto Insurance on Driver Behavior and Auto Accidents in the United States*, RAND Corporation, Working Paper 2001, 67 p.

Maanen 2003

G.E. van Maanen, 'De meerwaarde van het verkeersaansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Klosse, *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 189-216.

Marco & Salvietti 2007

A.C. Marco & C. Salvietti, 'What Does Tort Law Deter? Precaution and Activity Levels in No-Fault Automobile Insurance', Electronic Paper, SSRN, New York, 2007 50 p.

McEwin 1989

R.I. McEwin, 'No-Fault and Road Accidents: Some Australasian Evidence', *International Review of Law and Economics*, 1989, p. 13-24.

McEwin 1999

R.I. McEwin, *No-Fault Compensations Systems*, Encyclopedia of Law and Economics, 1999, p. 735-763.

Medoff & Magaddino 1982

M.H. Medoff & J.P. Magaddino, 'An Empirical Analysis of No-Fault Insurance', 6 *Evaluation Review*, 1982, p. 373-392.

Priest 1987

G.L. Priest, 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', *The Yale Law Journal*, 1987, p. 1521-1590.

Posner 2002

E.A. Posner, *Probability Errors: Some Positive and Normative Implications for Tort and Contract Law*, University of Chicago, John M. Olin Law and Economics Working Paper, nr. 161, September 2002, 22 p.

Rolph et al. 1985

J.E. Rolph, J.K. Hammit & R.L. Houchens, 'Automobile Accident Compensation: Who Pays How Much How Soon?', *Journal of Risk and Insurance*, 1985, p. 667-685.

Schmitz 2000

P.W. Schmitz, 'On the Joint Use of Liability and Safety Regulation', *International Review of Law and Economics*, 2000, p. 371-382.

Schwartz 2002

G.T. Schwartz, 'Empiricism and Tort Law', *University of Illinois Law Review*, 2002, p. 1067-1082.

Shavell 1979

S. Shavell, 'On Moral Hazard and Insurance', *The Quarterly Journal of Economics*, 1979, p. 541-562.

Shavell 1980

S. Shavell, 'Strict Liability versus Negligence', *Journal of Legal Studies*, 1980, p. 1-25.

Shavell 1982

S. Shavell, 'On Liability and Insurance', *The Bell Journal of Economics*, vol. 13, 1982, p. 120-132.

Shavell 1984

S. Shavell, 'Liability for Harm versus Regulation of Safety', *Journal of Legal Studies*, 1984, p. 357-374.

Shavell 1987

S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge: Harvard University Press 1987.

Shavell 2003

S. Shavell, *Foundations of Economic Analyses of Law*, Cambridge: Harvard University Press 2003.

Shavell 2007

S. Shavell, 'Liability for Accidents', in: A.M. Polinsky & S. Shavell, *Handbook of Law and Economics Volume I*, Amsterdam: Elsevier 2007, p. 142-182.

Sloan et al. 1994

F. Sloan, B. Reilly & C. Schenzler, 'Tort Liability Versus Other Approaches for Deterring Careless Driving', *International Review of Law and Economics*, 1994, p. 53-71.

Spier 1996

J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies N.J.V., Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 207-234.

Spier et al. 2003

J. Spier, T. Hartlief & G.E. van Maanen, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 143-160.

Sugarman 1985

S. Sugarman, 'Doing Away with Tort Law', *California Law Review*, 1985, p. 558-664.

Van Velthoven 2000

B.C.J. van Velthoven, 'Veiliger verkeer in Nederland?', *Verkeersrecht*, 2000, p. 313-322.

Van Velthoven 2001

B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2001.

Wassenaer van Catwijck 1988

A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, 'Verkeersverzekering in Noord-Amerika', *Verzekeringsarchief*, 1988, p. 321-377.

White 1989

M.J. White, 'An Empirical Test of the Comparative and Contributory Negligence Rules in Accident Law', *Rand Journal of Economics*, 1989, p. 308-330.

Wittman 1977

D. Wittman, 'Prior Regulation Versus Post Liability: The Choice Between Input and Output Monitoring', *Journal of Legal Studies*, 1977, p. 193-211.

M. VAN DAM

Zador & Lund 1986

P.L. Zador & A. Lund, 'Re Analyses of the Effects of No-Fault Auto Insurance on Fatal Crashes', *Journal of Risk and Insurance*, 1986, p. 226-241.

DEEL G
ONDERNEMINGS- EN EFFECTENRECHT

27 SOCIALE PSYCHOLOGIE EN VERNIEUWING IN HET ONDERNEMINGSRECHT

Over beoefening van het Nederlandse ondernemingsrecht, gedragingen van bestuurders van kapitaalvennootschappen en het betrekken van relevante inzichten uit de sociale psychologie: naar een vernieuwende, opener verbinding?

B.F. Assink

SAMENVATTING

In deze bijdrage zet ik uiteen, dat er goede argumenten bestaan om aan te nemen dat – ook – bij de beoefening van het Nederlandse ondernemingsrecht in brede zin door betrokken actoren (primair de wetgever, rechters, wetenschappers en rechtspractici) nadrukkelijker acht geslagen dient te worden op relevante inzichten uit de sociale psychologie dan tot op heden pleegt te gebeuren. Ik illustreer mijn betoog op basis van drie thema's, die draaien rond (i) tegenstrijdig belang van bestuurders (en de rol van de wetgever), (ii) vrijtekening van ondernemende bestuurders (en de rol van de literatuur) en (iii) de keuze voor een monistisch of dualistisch bestuursmodel (en de rol van de praktijk). Deze thema's onderstrepen het belang van een opener verbinding van dat ondernemingsrecht met die inzichten; dáárin schuilt een belangrijke sleutel voor zinvolle vernieuwing in – de beoefening van – het ondernemingsrecht.

1 INLEIDING

Menselijk doen en laten is een interessant object van studie, maar minder geschikt voor een ondernemingsrechtelijke verhandeling als daarbij de juridische dimensie buiten beeld blijft. Daar staat tegenover dat, in de aandacht voor de juridische dimensie, niet te veel geabstraheerd dient te worden van de wijze waarop mensen zich – al naar gelang de situatie – plegen op te stellen; in de kern draait het recht immers om menselijk doen en laten.

In deze bijdrage maak ik omzwervingen langs drie thema's waarin dat doen en laten en deze dimensie samenkomen, in het kader van de wisselwerking tussen bestuurlijk gedrag, het ondernemingsrecht en inzichten uit de sociale psychologie. Onder wat ik kortweg 'sociale psychologie' noem, kan worden verstaan de studie naar de wijze waarop menselijke gevoelens, gedachten, beslissingen en handelingen – samengevat: menselijk

gedrag – worden beïnvloed door externe factoren, waaronder het gedrag van andere mensen; een en ander kan mede spelen in het kader van besluitvormingsprocessen, waarbij ook aandacht bestaat voor de systematische cognitieve beperkingen waaraan de mens van nature bloot staat.¹ Bij die drie thema's ga ik uit van kapitaalvennootschappen (NV's en BV's) en de twee gezichten die het ondernemingsrecht (gelijk een Januskop) heeft: *enerzijds* het faciliteren van ondernemerschap en *anderzijds* het reguleren van het gedrag van kern-actoren binnen de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming zoals bestuurders, om zo waardecreatie door economische bedrijvigheid in de vorm van privaat ondernemerschap met oog voor de betrokken belangen van betrokken actoren te bevorderen (via succes van de onderneming), naast het voorkomen althans tegengaan van waardevernietiging en het beschermen van die belangen.² De portee van deze bijdrage is dat, zoals wordt geïllustreerd door die drie thema's, er goede argumenten bestaan om aan te nemen dat – ook – bij de beoefening van het ondernemingsrecht in brede zin door betrokken actoren (primair de wetgever, rechters, wetenschappers en rechtspractici) nadrukkelijker acht geslagen dient te worden op relevante inzichten uit de sociale psychologie dan tot op heden pleegt te gebeuren; onder meer dáárin schuilt een mijns inziens gewenste vernieuwing in – de beoefening van – dat ondernemingsrecht.

Mijn thematische betoog in paragraaf 3 is als volgt opgebouwd. Eerst besteed ik in *thema 1* aandacht aan het belang bij het ontwerpen van rechtsregels rekening te houden met menselijke eigenschappen. Dit onderwerp gaat over tegenstrijdig belang van bestuurders, waarbij ik betoog dat de wetgever in het kader van artikel 2:129/239 lid 5-6 BW voor die eigenschappen onvoldoende oog heeft gehad. Vervolgens besteed ik in *thema 2* aandacht aan de mogelijkheid door middel van rechtsregels menselijk gedrag te beïnvloeden.³ Niet de mens beïnvloedt dan het recht, maar omgekeerd, al kun je hier in een cirkelredenering terecht komen. Dit onderwerp gaat over geclausuleerde vrijtekening door de vennootschap van ondernemende bestuurders voor interne aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW (of art. 6:162 BW),⁴ waarbij ik betoog dat in de literatuur (wet en rechtspraak zwijgen tot dusver) wel erg gemakkelijk wordt aangenomen dat een dergelijke vrijtekening juridisch categorisch ontoelaatbaar is. Tot slot besteed ik in *thema 3* aandacht aan de keuze voor een dualistisch bestuursmodel, waarin naast het bestuur een Raad van Commissarissen (RvC) functioneert in de zin van artikel 2:140/250 BW, of een monistisch bestuursmodel waarin een RvC ontbreekt en de toezichthoudende functionarissen als niet-uitvoerend bestuurders deel uitmaken van het bestuursorgaan (naast de uitvoerend bestuurders) in de zin van artikel 2:129a/239a BW. Daarbij betoog ik dat in de juridische

1 Zie o.a. March 1994.

2 Zie o.a. Assink 2010, nr. 2.

3 De Nederlandse Corporate Governance Code hanteert op onderdelen een vergelijkbare benadering, getuige nr. 5 van de preambule.

4 Zie daarover ook Van de Bunt c.s. elders in deze bundel.

commentaren ter zake van de verschillen tussen deze modellen te veel wordt geabstraheerd van de wijze waarop de betrokken functionarissen in deze modellen zich plegen te gedragen, zowel onderling als jegens derden; op dit laatste dient in de praktijk eveneens acht te worden geslagen, bij het maken van een keuze tussen één van deze modellen.⁵

Voordat ik overga tot dat thematische betoog, in wezen een verhandeling op onderdelen over de richting die aan de ontwikkeling van het ondernemingsrecht mede gegeven zou kunnen – en mijns inziens dienen te – worden, schets ik in paragraaf 2 het vertrekpunt: de huidige stand van zaken, als achtergrond waartegen paragraaf 3 moet worden gezien.

2 HET VERTREKPUNT: DE HUIDIGE STAND VAN ZAKEN

Wie zich verdiept in Nederlandse ondernemingsrechtelijke literatuur zal moeten vaststellen dat daarin per saldo hooguit mondigesmaat aandacht wordt geschonken aan inzichten uit de sociale psychologie.⁶ Deze stand van zaken kan deels worden verklaard, doordat juristen in de regel geen sociaalpsychologische achtergrond hebben en kennis van deze inzichten ontberen. Een andere verklaring voor deze lacune is scepsis over het belang van deze inzichten voor het (ondernemings)recht, als basis voor zinvolle vernieuwing ter zake. Hierover maak ik enkele opmerkingen.

Een *eerste* wel gehoorde waarschuwing tegen het openstellen van het recht voor gezichtspunten uit – kort gezegd – de gedragswetenschappen, is dat daarin wordt uitgegaan van een te smal mensbeeld: de hypothetische rationeel handelende, perfect geïnformeerde en rigoureuze eigen belangen maximerende maatman met stabiele voorkeuren, die is ontdaan van de complexe eigenschappen waarmee de mens in werkelijkheid wel is behept en waarmee het recht nu juist wel rekening dient te houden.⁷ De financiële crisis heeft pijnlijk duidelijk gemaakt, dat het gevaarlijk is al te zeer op deze – door veel (rechts)economen zo

5 Er zijn meer relevante onderwerpen die raken aan bestuurlijk gedrag, inzichten uit de sociale psychologie en het ondernemingsrecht, maar de beschikbare ruimte belet mij daarop in te gaan. Ik noem bijvoorbeeld (i) het beter structureren van de wijze waarop de rechter bestuurlijk gedrag toetst in het kader van het enquêterecht en art. 2:9 BW-procedures, specifiek de introductie van een Nederlandse *business judgment rule* (zie o.a. Assink 2007), (ii) de introductie van een afgeleide actie (zie o.a. Kroeze 2004) en (iii) beloning van bestuurders (zie o.a. Raaijmakers 2008). Mijn analyses in Assink 2009, nr. 4.3, Assink 2011, p. 9-37 (waarin ook veel citaten uit de hierna gebruikte buitenlandse literatuur zijn opgenomen) en Assink 2012, waarin ik verspreid aandacht heb besteed aan deze thema's, komen hierna samen.

6 Er zijn positieve uitzonderingen. Ik noem bijvoorbeeld Kroeze 2004, p. 130 e.v., Kroeze 2005, p. 16-17, Kroeze 2008, p. 423 e.v. (en elders in deze bundel), Raaijmakers 2008, p. 401 e.v., de bijdragen van K. Cools en J.W. Winter op <http://wintercools.com>, Assink 2009, nr. 4.3, Assink 2011 en Eshuis e.a. 2012. In de juridische handboeken treft men over deze materie evenwel niets aan (maar zie Assink & Slagter 2013, par. 54). Zie voor meer verwijzingen Vranken & Van Dijck 2011.

7 Zie o.a. Timmerman 2009, p. 36.

geliefde – maatman te bouwen.⁸ Dit bezwaar snijdt in die zin geen hout dat, anders dan de klassieke rechtseconomie, de sociale psychologie nu juist niet uitgaat van die ideaal-typische *homo economicus*, maar daarin de veelzijdige wijze verdisconteert waarop de mens zich – met al zijn grillen, nukken en emoties – in werkelijkheid gedraagt.⁹ Die mens is geen kille machine, maar laat zich mede leiden door noties als eer, integriteit, reputatie, verantwoordelijkheid en vertrouwen. Hier past dus een realistischer en, in zekere zin, positiever mensbeeld.¹⁰

Een *tweede* wel gehoorde waarschuwing is dat deze inzichten doorgaans zijn gebaseerd op experimenten in een gecontroleerde omgeving, waarbij bovendien veelal universitaire studenten als subject van onderzoek dienen. De vraag rijst dan welke betekenis in de weerbarstige praktijk kan worden toegekend aan dergelijk ‘laboratorium’gedrag van personen, die niet dezelfde kennis en ervaring zullen hebben als de doorsneebestuurder van een vennootschap. In het verlengde hiervan ligt het bezwaar dat de uitkomsten van dit type onderzoek op deelgebieden soms in verschillende richtingen lijken te wijzen (bijvoorbeeld op het gebied van de onder- of overschatting van risico’s), waardoor geen sprake is van één coherente theorie.¹¹ Daar zit wel iets in. Maar mijns inziens dient het (mogelijk) suboptimale karakter van deze bevindingen er niet toe te leiden, dat er ‘dus’ maar geen acht op wordt geslagen; ik zou hier geen struisvogelpolitiek willen bedrijven. Is het eigenlijk niet zo dat, totdat we erin slagen een betere methode te vinden en de bevindingen te verfijnen, het per saldo realistischer is ervan uit te gaan dat bestuurders veelal aan dezelfde sociaalpsychologische fenomenen blootstaan als deze (eveneens menselijke) onderzoeks-subjecten?¹² Daarbij kunnen logischerwijs ook inzichten op deelgebieden van belang zijn.

Een *derde* wel gehoorde waarschuwing – met name in de rechterlijke macht – is dat rechters primair juristen zijn, voor wie het vaak al lastig genoeg is tijdig geschillen te beslechten op een rechtvaardige wijze, zonder dat daarbij ook nog acht geslagen dient te worden op buitenrechtelijke factoren. Ook daar zit wel iets in. Daarbij valt evenwel aan te tekenen, dat het recht juist draait om menselijk gedrag en dus, waar redelijkerwijs mogelijk en nuttig, rekening dient te houden met de modaliteiten van dat gedrag. Het recht moet aansluiten op de feitelijke werkelijkheid, niet daarvan losgezongen raken. Illustratief is de toenemende tendens in het enquêterecht om aansluiting te zoeken bij ‘de economische realiteit’, bij de feitelijke inhoud boven de juridische vorm.¹³ Eigenlijk wordt dit bezwaar

8 Zie voor kritische beschouwingen daarover o.a. Skidelsky 2009.

9 Zie o.a. March & Simon 1993, p. 172 en Ariely 2009, p. 239.

10 Zie o.a. Stout 2003, p. 9 en 14. Natuurlijk kunnen factoren als eer en reputatie mensen ook aanzetten tot gedrag dat, vanuit een macro-perspectief, als minder wenselijk te kwalificeren valt; dat is minder positief.

11 Zie o.a. Faure 2009, p. 28 e.v. met verwijzingen naar diverse criticasters.

12 Zie o.a. Davis 2005, p. 1317 en Bainbridge 2008, p. 85.

13 Zie o.a. HR 29 maart 2013, RvdW 2013, 470 (*Chinese Workers*), rov. 3.5-3.6, teruggrijpend op HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486 (*Scheipar*), rov. 3.5.2, HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127 (*Landis Group*), rov. 3.3.4, HR

al gelogenstraft door ontwikkelingen in de rechtspraak zelf, waaruit blijkt dat de rechter soms – en mogelijk onbewust – al rekening houdt met sociaalpsychologische fenomenen. In het buitenland is het overigens niet anders.¹⁴ Ik noem bijvoorbeeld (i) het belang van een constructieve gedachtewisseling tussen leden van een orgaan van de vennootschap, voordat tot besluitname wordt overgegaan,¹⁵ (ii) het belang van het toetsen van bestuurlijk gedrag naar het moment van handelen, zonder rechterlijke wijsheid achteraf¹⁶ en (iii) het belang van het voorkomen, althans tegengaan, van overdreven risicomijdend bestuurlijk gedrag in de context van te voeren ondernemingsbeleid uit angst voor persoonlijke aansprakelijkheid.^{17,18}

Een gerelateerde vraag die nog zou kunnen opkomen, is of het nadrukkelijker gaan betrekken door juristen van relevante inzichten uit de sociale psychologie bij de beoefening – en indirect de ontwikkeling – van het Nederlandse ondernemingsrecht een opmaat zou kunnen vormen naar een sterk(er) door economische inzichten gekleurde beoefening van dat ondernemingsrecht. Ik breng dit punt mede op, omdat in de VS de aandacht voor die sociaalpsychologische inzichten vooral is ontstaan en ontwikkeld in de *behavioral law and economics*-beweging als reactie op de toepassing van die economische inzichten op het (ondernemings)recht in de meer klassieke *law and economics*-beweging, waarin wordt geredeneerd vanuit de wat klinisch aandoende assumptie dat de mens zich gedraagt als ‘*a rational utility maximizer in all areas of life, not just in his “economic” affairs, that is, not just when engaged in buying and selling in explicit markets*’.¹⁹ Ik geloof niet in een dergelijke opmaattheorie, reeds omdat het gegeven dat het overkoepelende karakter van voornoemde bewegingen in de VS bestaat uit een ‘*law and economics*’-benadering van het (ondernemings)recht onverlet laat, dat het betrekken van relevante sociaalpsychologische inzichten op het (ondernemings)recht niet onlosmakelijk verbonden is met een sterk(er) door eco-

10 september 2010, NJ 2010, 665 (*Butôt O.G. Holding*), rov. 3.6.3 en HR 8 april 2011, NJ 2011, 338 (*TESN*), rov. 3.2.1-3.4.6 (waarover Assink 2013).

14 Zie o.a. *City Capital Associations v. Interco Inc.*, 551 A.2d 787 (Del. Ch. 1988) en *In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation*, 1989 WL 7036 (Del. Ch. 1989), waarop voortbouwen *Chesapeake Corp. v. Shore*, 771 A.2d 293 (Del. Ch. 2000), *Venhill Limited Partnership ex rel. Stallkamp*, 2008 WL 2270488 (Del. Ch. 2008) en *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark, C.A. No. 3705-CC* (Del. Ch. 2010).

15 Zie o.a. HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (*Bureau Wijsmuller Scheepvaart, Transport en Zeesleepvaartmaatschappij/Wijsmuller*), genuanceerd toegepast in HR 6 juni 1969, NJ 1969, 317 (*Curaçaosche Chinese Club/Chinese Four Villages Neighbours Club*).

16 Zie o.a. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (*Ogem Holding*), rov. 7.3, in lijn met OK 7 december 1989, NJ 1990, 242 (*Verenigde Bedrijven Bredero*), rov. 4.2.3.1, en nadien OK 17 april 2008, JOR 2008/157 (*ABN Amro*), rov. 3.14.

17 Zie o.a. HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen Beheer/NOM Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij*), rov. 5.3.

18 Er zijn ook meer verdeckte voorbeelden. Zie bijvoorbeeld OK 5 juli 2010, ARO 2010, 109 (*Van der Moolen Holding*), rov. 3.18.

19 Posner 2010, nr. 1.1. Zie over die ontwikkeling o.a. Faure 2011, p. 1056-1064.

nomische inzichten gekleurde beoefening van dat (ondernemings)recht; het ene kan goed los worden gezien van het andere.²⁰

Ik zou daarbuiten overigens ook geen voorstander zijn van een dergelijke meer economische beoefening van het ondernemingsrecht, waarin economische principes worden toegepast bij de analyse van het recht primair gericht op de ontwikkeling van een op economische leest geschoeide theoretische inbedding van het recht, waarmee bestaande rechtsregels en de uitwerkingen ervan (i) kunnen worden verklaard (positieve analyse) en (ii) kunnen worden verbeterd, althans waar nodig (normatieve analyse). Het overkoepelend streven van deze benadering – zoals die sinds het midden van de twintigste eeuw in opmars is in vooral de VS – is de inrichting van een rechtssysteem, dat op nationaal-geaggregeerd niveau ‘efficiënt’ werkt; het bewerkstelligen van een zodanige allocatie van middelen dat welvaart op maatschappelijk niveau wordt gemaximaliseerd, althans de daarmee gepaard gaande kosten zo veel mogelijk worden verlaagd.²¹ Het recht verwordt zo in wezen tot instrument voor economische doeleinden, waarbij in het recht de nadruk komt te liggen op doelmatigheid en in hoge(re) mate wordt geabstraheerd van rechtvaardige en evenwichtige rechtsbedeling tussen individuen (rechtzoekenden) in individuele gevallen, met oog voor redelijke en billijke uitkomsten (inclusief afwegingen van relevante individuele belangen) en het belang van rechtszekerheid.

Dát is evenwel niet de wijze waarop in Nederland het ondernemingsrecht pleegt te worden beoefend in wetgeving, rechtspraak en literatuur, nu daarin – evenals op andere rechtsgebieden – de belangen van rechtvaardigheid en rechtszekerheid juist niet ondergeschikt worden gemaakt aan het belang van doelmatigheid, al kunnen aspecten van doelmatigheid wel een gezichtspunt vormen bij het bereiken van rechtvaardige uitkomsten en het bevorderen van rechtszekerheid.²² Omdat ons ondernemingsrecht daarmee meer behelst dan dergelijke economische principes en een streven naar economische ‘efficiëntie’ op nationaal-geaggregeerd niveau alleen, en dus meerzijdiger is dan de rol van het recht in de ‘*law and economics*’-benadering, blijft het sturend effect van het economisch perspectief op dat recht noodzakelijkerwijs beperkt.²³ Het vertrekpunt is en blijft het recht, niet de

20 Zie o.a. Giesen 2011 in generieke zin over ‘de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben’, zij het niet direct vanuit het ondernemingsrechtelijke perspectief bezien.

21 Zie in detail o.a. Posner 2010, nr. 1.1-2.4, bijvoorbeeld over ‘four fundamental principles of economics’: ‘They are the Law of Demand; opportunity cost; the tendency of resources to gravitate towards their most valuable resources; and equilibrium.’ Harrison 2011, p. 8-54 opent met acht ‘economic tools and concepts’, die ten grondslag liggen aan zijn rechtseconomische analyse. Het zou, gelet daarop, wellicht meer in de rede liggen te verwijzen naar ‘economics and law’ dan andersom (zoals gebruikelijk is in de diverse ‘law and ...’ stromingen).

22 Zie voor gefundeerde kritiek op rechtseconomische inzichten o.a. Timmerman 2005, Nieuwenhuis 2007, nr. 2.5 e.v., 3.2 e.v., 12.3 e.v. en Hijink 2010, p. 141 e.v. Zie voor gefundeerde kritiek op Posner 2010, uitgaande van de 2003 versie, Mestmäcker 2007, p. 9-66.

23 In de VS valt de dominantie van deze benadering vooral te herleiden tot de beoefening van het ondernemingsrecht in de literatuur, in mindere mate – althans: als zodanig kenbaar – in wetgeving en rechtspraak.

economie; de structuur van het recht is anders gezegd niet dezelfde als die van de economie, zodat een paradigmawisseling niet aan de orde is.²⁴ Een en ander wordt logischerwijs niet zonder meer anders, door in de beoefening van het Nederlandse ondernemingsrecht meer acht te slaan op relevante inzichten uit de sociale psychologie. Let wel: met het voorgaande is dus niet gezegd dat het Nederlandse ondernemingsrecht categorisch geen acht dient te slaan op die economische principes, daarin kunnen heel wel nuttige gezichtspunten voor de juridische analyse besloten liggen. Een in dit verband volkomen gesloten benadering zou ook haaks staan op de functie van dat ondernemingsrecht, waarover hiervoor.²⁵

Het voorgaande overziend denk ik dat wij er niet aan ontkomen in toenemende mate sociaalpsychologische inzichten te betrekken in de beoefening van het Nederlandse ondernemingsrecht, dat daardoor meer disciplineoverschrijdende trekken zal krijgen. Een dergelijke open verbinding tussen dat ondernemingsrecht en die inzichten is in wezen inherent aan de functie van het ondernemingsrecht, die ik hiervoor beeldend weergaf als een Januskop; bij die functie past geen ondernemingsrecht zonder open verbindingen, niet alleen met de feitelijke werkelijkheid (de telkens wisselende omstandigheden van het concrete geval) maar ook met inzichten uit aanpalende disciplines, waaronder die van economische aard en die van sociaalpsychologische aard (waartoe ik mij hier beperk).²⁶ Dáár ligt, samen met grondige rechtsvergelijking, op het terrein van het ondernemingsrecht in de komende jaren een belangrijke uitdaging voor de beoefenaars van dat rechtsgebied in brede zin (naast de wetgever met name ook rechters, wetenschappers en rechtspractici). Iets anders is natuurlijk, dat voorzichtigheid betracht moet worden bij het trekken van conclusies voor het ondernemingsrecht uit dergelijke inzichten uit de sociale psychologie;

Zie Timmerman 2005. Wat dit laatste betreft komt de economische benadering van het recht meer aan de oppervlakte in het effectenrecht (dat federaal geregeld is), zoals in de efficiënte-markthypothese, dan in het vennootschapsrecht (dat deelstatelijk geregeld is). Zie over die hypothese o.a. De Jong 2010, nr. 4.2 met verwijzingen.

24 Zie verder o.a. Mäntysaari 2012, p. 51 over de identiteit, de autonomie van het recht ten opzichte van de economie in brede zin.

25 Zo'n gesloten benadering zou ook niet passen (i) bij de aandacht in het ondernemingsrecht voor bijvoorbeeld aspecten rond strategie, het belang van de vennootschap (en de daarmee verbonden onderneming) en risicobeheersing en (ii) bij centrale begrippen inzake kapitaal- en vermogensbescherming, centrale begrippen in het financieel recht, de strekking van het enquêterecht (die meebrengt dat het bij de toepassing van het enquêterecht uiteindelijk vooral aankomt op de economische realiteit), centrale begrippen in het groepsrecht, centrale begrippen in het jaarrekeningrecht, centrale begrippen in de WOR en de juridisch-normatieve duiding van gevoerd (ondernemings)beleid in diverse constellaties (waaronder aansprakelijkheidsprocedures en enquêteprocedures).

26 Zie meer in detail over die open verbindingen als een kenmerk van vernieuwend ondernemingsrecht Assink 2012, p. 107-114. Die deelontwikkeling past in een bredere ontwikkeling, zoals signaleerd door o.a. Vranken & Van Dijk 2011: '(...) er komt meer oog voor gedragsassumpties in het recht, vooronderstellingen van denken, psychologische heuristics and biases – wanneer wijkt menselijk gedrag af van wat rationeel is en wat is daarvan de reden? – en voor de mogelijke of waarschijnlijke effecten van wat met juridische maatregelen wordt beoogd.'

die inzichten dienen niet te worden verabsoluteerd. Ik bepleit dat ook niet.²⁷ Waar het om gaat, is dat we deze inzichten niet negeren, ons daarvan als jurist meer bewust worden, omdat ze onze blik op – ook – het *ondernemingsrecht* kunnen verbreden en verscherpen; en juist dit laatste gebeurt in mijn waarneming nog onvoldoende.

3 EEN BLIK OP DE TOEKOMST IN DRIE THEMA'S DIE ILLUSTREREN DAT EEN OPENER VERBINDING HOUT SNIJDT

Thema 1: de wetgever en tegenstrijdig belang van bestuurders

Dit brengt mij bij thema 1: tegenstrijdig belang van bestuurders. Hier wil ik de stelling betrekken dat de wetgever *onvoldoende* rekening houdt met sociaalpsychologische inzichten bij het vormgeven van rechtsregels op dit terrein.

Ik richt mijn pijlen op de tegenstrijdigbelangregeling als per 1 januari 2013 vervat in artikel 2:129/239 lid 5-6 BW (en voor commissarissen in art. 2:140/250 lid 2 jo. 5 BW) ter vervanging van artikel 2:146/256 BW (oud), dat uit 1928 stamt en als verouderd werd beschouwd.²⁸ De kern van de nieuwe regeling – bezien in samenhang met artikel 2:8 BW – is dat, als een bestuurder direct of indirect een persoonlijk belang heeft bij een voorgenomen (rechts)handeling van de vennootschap dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, (i) hij dit dient te melden én (ii) hij zich dient te onthouden van deelname aan de besluitvorming (inclusief de beraadslaging) over die handeling. Doet die bestuurder dat, dan kan volgens de wetsgeschiedenis de besluitvorming ‘op de gebruikelijke wijze worden bereikt’²⁹ door de overige bestuurders en ‘is sprake van een gewoon bestuursbesluit zodra de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft zich afzijdig houdt van de besluitvorming’.³⁰ De centrale gedachte is kennelijk dat, als de ‘besmette’ bestuurder fysiek buiten het bereik van de overige bestuurders wordt geplaatst, deze besmetting is geïsoleerd en niet meer doorwerkt in de besluitvorming door de overige bestuurders. Dat blijkt ook uit de in de wetsgeschiedenis geëxpliciteerde rechtvaardiging van de regeling: ‘De gedachtevorming en discussie in het bestuur moeten kunnen plaatsvinden zonder dat deze worden beïnvloed door de aanwezigheid van de bestuurder met een tegenstrijdig belang.’³¹

27 Zie bijvoorbeeld de door Langevoort 2010, p. 2-5 aangebrachte relativeringen.

28 Zie o.a. A-G Timmerman in nr. 2.4 voor HR 17 juli 2006, NJ 2006, 570 (*ABN Amro/Dijkema q.q.*).

29 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12.

30 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20-21.

31 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20. Zie o.a. Nowak & Leijten 2012 over nadere aspecten van deze regeling.

Op de nieuwe regeling valt in technisch-juridische zin het nodige aan te merken (en dat gebeurt ook in de literatuur), maar waar het mij nu om gaat is deze centrale gedachte, ervan uitgaande dat die regeling op zich is nageleefd. Die assumptie van ontsmetting heeft wel een erg hoog utopisch gehalte, omdat daarmee wordt miskend dat het tegenstrijdig belang van de besmette bestuurder kan (en in veel gevallen: zal) doorsijpelen in de besluitvorming, als gevolg van het fenomeen dat in de sociale psychologie *structural bias* wordt genoemd. Daarmee wordt – heel kort gezegd – bedoeld op de realiteit dat het (subjectieve) beoordelingsvermogen van mensen nogal eens gekleurd kan raken door groepsdynamiek en cognitieve beperkingen, waardoor groepsleden minder onbevangen en kritisch over elkaars functioneren en persoonlijke belangen gaan oordelen. Het primaat van het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming dreigt dan uit het zicht te geraken. Deze ontwikkeling doet zich niet zelden voor bij *bestuurders* (en commissarissen) van vennootschappen, die:

- vaak gedurende langere tijd deel uitmaken van een hechte, intensief samenwerkende en op consensus gerichte groep;
- veelal vergelijkbare achtergronden, waarden en doelen delen, zeker wanneer de onderlinge verhoudingen een familiair of vriendschappelijk karakter hebben of krijgen;
- doorgaans graag deel blijven uitmaken van die groep vanwege de daaraan verbonden voordelen en prestige, waaraan men in de regel ook een deel van de eigen identiteit ontleent;
- niet zelden die groep en de leden ervan welwillender gaan benaderen dan personen die buiten de groep vallen; en
- in veel gevallen geneigd zullen zijn beschikbare informatie in dat licht uit te leggen, door conflicterende informatie te negeren of af te wijzen.

Uit onderzoek blijkt dat een dergelijke *structural bias* zich op diverse en subtiële, maar krachtige wijzen kan manifesteren en helemaal niet gepaard hoeft te gaan met subjectieve kwade trouw. Ook de bestuurder die reputatieverlies vreest, zich als integer beschouwt en zich bewust is van dit fenomeen kan hieraan blootstaan; zo steekt de mens nu eenmaal in elkaar.³² Dit is een materieel punt, waarvan het belang niet moet worden onderschat.³³ De wetgever abstraheert daarvan evenwel voor de volle 100%, al is daarop gedurende het wetgevingsproces wel gewezen vanuit de literatuur.³⁴

32 Zie o.a. Cox & Munsinger 1985, p. 91 en 99, Ross Meyer 2000, p. 1537, Langevoort 2002, p. 86, Chialdini & Goldstein 2004, p. 599-600 en Page 2009, p. 249 en 265.

33 Zie o.a. Langevoort 1995, p. 853, Velasco 2004, p. 861, Hill & McDonnell 2007, p. 853 en Page 2009, p. 239-240 en 257. Zie ook *In re Barnes & Noble Stockholders Derivative Litigation*, C.A. No. 4813-VCS (Del. Ch. 2010): '(...) there's a lot of concern about structural bias.'

34 Zie met name Assink 2008, p. 739-740 en Leijten 2010, p. 263.

Tegen deze achtergrond is het wel denkbaar dat een bestuurder, die subjectief te goeder trouw meent in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te handelen, eigenlijk en onbewust via die band het behartigen van het persoonlijke belang van zijn medebestuurder (in plaats van te kiezen voor een alternatieve transactie, of geen transactie) 'wegrationaliseert' en zo gevangen blijft in zijn vertroebeld beoordelingsvermogen.³⁵ Is het dan – en ik zeg het voorzichtig – niet een tikkeltje naïef, om in juridische zin maar onverkort ervan uit te gaan dat sprake is van onbesmette besluitvorming zodra de besmette bestuurder fysiek niet meeberaadslaagt en -beslist?³⁶ Dan laat ik nog buiten beschouwing (i) het scenario waarin de bestuurder niet subjectief te goeder trouw handelt, (ii) dat volgens de wetsgeschiedenis de besmette bestuurder voorafgaand aan de bestuursvergadering, en zelfs nog bij introductie van het agendapunt tijdens de vergadering, gehoord kan worden door zijn medebestuurders³⁷ en (iii) dat de regeling onverlet laat dat *alle* bestuurders buiten de formele bestuursvergadering, dus daarvóór en tijdens schorsingen (in de spreekwoordelijke 'wandelgangen'), kunnen en veelal zullen overleggen over de mogelijke alternatieven. Het voorgaande is niet alleen naïef, maar ook problematisch, omdat – anders dan bij de oude regeling – in de nieuwe regeling die overige bestuurders in beginsel besluit- én vertegenwoordigingsbevoegd zijn en blijven. Deze bestuurders zullen zich, bij gebrek aan een aanwijsbaar met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming tegenstrijdig persoonlijk belang bij de (rechts)handeling zelf, niet geroepen voelen zich van de besluitvorming te onthouden. Dát is immers niet de kennelijke portee van de nieuwe regeling³⁸ en zou ook maar een gek signaal geven aan de buitenwacht, terwijl de meeste mensen zichzelf bovendien als objectief kwalificeren – ook als zij dat welbeschouwd niet zijn.³⁹ Bij gebrek aan daadwerkelijk neutrale beslissers komt dat belang van de vennootschap dan alsnog serieus op de tocht te staan. En dat is onwenselijk.

De nieuwe regeling beoogt in wezen waardevernietigend bestuurlijk gedrag te voorkomen, door een procedurevoorschrift bij tegenstrijdig belang te geven. Hoe kan die waarborg juridisch verder worden opgepakt, nu de regeling zelf niet waterdicht is, maar het doel van de regeling wel juist is? Daar ligt dan vooral een taak voor de *rechter*; die moet meer kunnen

35 Zie o.a. Page 2009, p. 264 en 265 die verwijst naar Kunda 1990, p. 482 en 483, naast Langevoort 2001, p. 817 en Langevoort 2010, p. 18 over 'the subtle, largely unconscious process by which people rationalize a preferred course of action as the right thing to do. Conflicts of interest have a strong pull even when the most obvious sources are removed – in other words, one can remove directly interested directors or shareholders from the deliberative process and still expect a bias in terms of transactional outcomes.'

36 Zie o.a. Assink 2008, p. 739-740 en Leijten 2010, p. 263.

37 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20, 25.

38 Zie o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 10 e.v.

39 In de woorden van Page 2009, p. 277: 'Ex ante we generally believe that we can be objective. Ex post we typically believe that we have been objective. Abundant evidence exists, however, to show that we are often wrong. People frequently lack self-knowledge (...). We tend to think that our decisions are unbiased and our beliefs justified.' In die zin is objectiviteit een illusie.

toetsen dan de naleving van de regeling alleen, omdat daarmee het tegenstrijdig belang nog niet geëcarteerd hoeft te zijn. Omdat lang niet ieder ‘besluit’ in dit verband een voor nietigheid of vernietiging vatbare rechtshandeling zal zijn, wat toepassing van met name artikel 2:14-16 BW uitsluit, zal het in de praktijk vooral aankomen op een aansprakelijkheidsprocedure of een enquêteprocedure. Nu het Nederlandse ondernemingsrecht (nog) geen afgeleide actie kent, en vennootschappen bij een zittend bestuurder in de praktijk geen aansprakelijkheidsprocedure tegen die bestuurder plegen te entameren (waarbij eveneens het *structural bias* fenomeen speelt),⁴⁰ rest realiter eigenlijk alleen het onderwerpen van het bestuurlijk gedrag door één of meer aandeelhouders aan toetsing door de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure (even afgezien van het adriëren van de voorzieningenrechter in kort geding). Dáár ligt, denk ik, in hoofdzaak de eigenlijke waarborg tegen ondermaats bestuurlijk gedrag in dit verband, afgezien van eventueel ingrijpen door de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) of de RvC.⁴¹

Wat dan van pas kan komen, is de ontwikkeling van een juridisch *onafhankelijkheids*leerstuk voor individuele *bestuurders* binnen het kader van collectief bestuur. Boek 2 BW en de *Corporate Governance Code* reppen over dat leerstuk in het geheel niet, terwijl ook de rechtspraak nauwelijks tot geen richting biedt.⁴² Hier dient dus rechtsontwikkeling plaats te vinden. De kern van de *bestuurlijke gedragsnorm* zou moeten zijn dat bestuurders bij een meerhoofdig bestuur wel als collectief verantwoordelijk zijn voor de vervulling van de bestuurstaak, maar zich daarbij in hun individuele functioneren voor zover mogelijk dienen te onttrekken aan compromitterende invloeden van medebestuurders (en anderen, zoals commissarissen en aandeelhouders), waardoor hun vermogen tot autonome en objectieve oordeelsvorming in het belang van de vennootschap – lees: hun onafhankelijkheid – kan worden aangetast. Bestuurders dienen daar ‘kien’ op te zijn, zonder dat dit ten koste gaat van de verhoudingen binnen het bestuur; dit is geen sinecure, maar wel van belang. Hier is ook een ondersteunende taak weggelegd voor deskundige (juridische) adviseurs, zoals advocaten. Deze gedragsnorm zal in het bijzonder een centrale rol spelen indien zich bij één of meer bestuurders een tegenstrijdig belang voordoet, maar is ook daarbuiten van betekenis.⁴³ Bij de *rechterlijke toetsing* aan deze bestuurlijke gedragsnorm denk ik niet

40 Zie o.a. Kroeze 2004, p. 129 e.v. en Eshuis e.a. 2012.

41 In o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 13 wordt deze realiteit niet ten volle onderkend.

42 De *Corporate Governance Code* kent in principe III.2 en de bijbehorende *best practice*-bepalingen wel regels voor onafhankelijkheid van commissarissen, zowel (i) jegens aandeelhouders, (ii) jegens bestuurders als (iii) jegens elkaar (zie principe III.8 voor toepassing van deze regels bij een monistisch bestuursmodel). Deze benadering volgt in de wet (impliciet) uit met name art. 2:140/250 lid 2 BW, maar ook art. 2:160/270 BW. Zie voor de strekking van art. 2:140/250 lid 2 BW en relevante rechtspraak o.a. Assink 2011, p. 14. De rechtspraak uit Delaware biedt wel goede aanknopingspunten ter zake, waarover o.a. Assink 2007, nr. 11.b.

43 Dan gaat het meer om de inbreng van individuele bestuurders in collectieve besluitvormingsprocessen en het gevaar van bijvoorbeeld *group think* en *group polarization*: factoren die kunnen leiden tot suboptimale uitkomsten van collectieve besluitvorming, ondanks de potentie van groepen om door besluitvorming tot uitkomsten te komen die kwalitatief beter zijn dan door individuele besluitvorming bereikte uitkomsten.

zozeer aan een limitatieve lijst met gevallen waarin een bestuurder niet als onafhankelijk kan worden aangemerkt⁴⁴ (een gesloten benadering), alswel aan een contextuele toetsing waarbij de omstandigheden van het geval bepalend zijn (een open benadering). Die toetsing draait om de vraag of zich ten tijde van de besluitvorming omstandigheden voordoen waaruit redelijkerwijs kan worden afgeleid, dat – gelet op zijn persoonlijke situatie – het beoordelingsvermogen van de bestuurder in kwestie zodanig is gekleurd door zijn banden met een medebestuurder (of een gerelateerde derde), dat hij zich niet meer uitsluitend door het belang van de vennootschap kan laten leiden.⁴⁵ Dát is de kern van de relevante rechterlijke toetsingsnorm. Inhoud boven vorm dus, waarbij lidmaatschap van het bestuursorgaan logischerwijs niet automatisch leidt tot het verlies van de rechtens vereiste onafhankelijkheid. Dat laatste hangt sterk af van de personen waaruit de groep bestaat, hun (karakter)eigenschappen, hun onderlinge historie en hun onderlinge verhoudingen. Maar de erosie van onafhankelijkheid kan snel gaan.

Deze aandacht voor de individuele bestuurder is in Nederland nog geen gebruikelijke invalshoek waar het gaat om de normering van bestuurlijk gedrag, al wijzen ook (i) de aanpassing van artikel 2:9 BW per 1 januari 2013 (in het bijzonder de taakverdeling tussen individuele bestuurders) en (ii) de invoering van artikel 2:129a/239a BW per 1 januari 2013 (in het bijzonder besluitname door individuele bestuurders) op een tendens in deze richting. Dat hier sprake is van een lacune is wel verklaarbaar, door het mechaniek van artikel 2:146/256 BW (oud). Daarin leidde bij een meerhoofdig bestuur een tegenstrijdig belang van één bestuurder immers al automatisch tot besmetting van alle bestuurders (waardoor alle bestuurders ‘buitenspel’ komen te staan), tenzij de statuten uitkomst bieden of de AvA één of meer bestuurders aanwijst als bijzonder vertegenwoordiger. Ter zijde: de wetgever van 1928 heeft, gelet op dit mechaniek, klaarblijkelijk wél oog gehad voor het gevaar van *structural bias*. Opmerkelijk is wel dat deze lacune in het enquêterecht tot op heden evenmin is opgevuld, ook al speelde het automatisme van artikel 2:146/256 BW (oud) daar als zodanig geen rol van betekenis; de nadruk lag en ligt in het enquêterecht juist op de verhoogde mate van te betrachten zorgvuldigheid en artikel 2:8 BW, niet in de laatste plaats in de fase van besluitvorming (inclusief beraadslaging).⁴⁶ Dit laat zich wellicht

Zie thema 3. De in de wetenschap onderkende potentiële meerwaarde van collectieve besluitvorming doet de vraag rijzen of de wel gesignaleerde beweging van collectieve besluitvorming door bestuurders naar collectief toezicht door bestuurders op besluitvorming door individuele bestuurders een wenselijke is. Zie daarover De Kluiver 2009, p. 260, in navolging van Timmerman 2009. Is sprake van een eenhoofdig bestuur, dan heeft de vereiste mate van onafhankelijkheid met name betrekking op de verhouding jegens commissarissen en aandeelhouders.

44 Zie bijvoorbeeld principe III.2 van de Corporate Governance Code.

45 Men leze o.a. *Beam v. Stewart*, 845 A.2d 1040 (Del. 2004), voortbordurend op *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

46 Ik noem kortheidshalve de lijn als uitgestippeld in o.a. OK 26 mei 1983, NJ 1984, 481 (*Linders Beheer*), rov. 4 en HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296 (*Zwagerman Beheer*), rov. 3.4, waarop HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (*Da*

verklaren, doordat in het enquêterecht *devennootschap* centraal staat en in mindere mate het bestuursorgaan, laat staan de individuele leden van dat orgaan. Een tweede verklaring is dat in het Nederlandse ondernemingsrecht (afgezien van de typische patstelling binnen het bestuur) van oudsher meer aandacht bestaat voor de verhouding tussen het bestuur en andere vennootschapsorganen, dan voor de verhouding tussen bestuurders onderling. Exemplarisch zijn zaken als VIBA, HBG, RNA, Unilever, Stork, DSM, ABN Amro, Versatel en ASMI.⁴⁷ Dit laatste ligt bij de tegenstrijdigbelangproblematiek, zo is mijn indruk, niet wezenlijk anders.

Het is van belang in te zien dat zowel (i) de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder als (ii) de afwezigheid van onafhankelijkheid bij een bestuurder (jegens een bestuurder met een tegenstrijdig belang), te herleiden is tot de aanwezigheid van een vertroebeld beoordelingsvermogen bij de betreffende bestuurder. Maar de context en de invulling van dat vertroebelde beoordelingsvermogen zijn een andere, zoals ook wordt geïllustreerd door het onderscheid dat de *Corporate Governance Code* ter zake maakt bij commissarissen:

- Bij het eerste begrip (tegenstrijdig belang) zal het gaan om het directe of indirecte persoonlijke belang van de bestuurder bij (de merites van) *de (rechts)handeling van de vennootschap*, doorgaans een transactie en veelal een belang in *financiële* zin. Dit is de traditionele invalshoek.
- Bij het tweede begrip (onafhankelijkheid) zal het gaan om de persoonlijke relatie tussen de betrokken bestuurders, dus om aspecten die primair in de *affektieve* sfeer liggen en raken aan *de besluitvorming* ten aanzien van de voorgenomen (rechts)handeling van de vennootschap.

Bij het tweede begrip zal de ‘gunfactor’ vooral van belang zijn: is de bestuurder – bewust of onbewust – genegen zijn medebestuurder, uit solidariteit, een persoonlijk voordeel te gunnen? Daarbij speelt ook de ‘eigenbelangfactor’: het matsen van een medebestuurder kan de volgende keer in omgekeerde richting plaatsvinden, terwijl door een liberale en coöperatieve opstelling de positie in een groep van gelijkgestemden kan worden gehandhaafd. Dit laatste kan uitmonden in de ‘angstfactor’: liggen sociale repercussies op de loer, als de medebestuurder het persoonlijk voordeel niet wordt gegund? Dit zal met name spelen (i) als de besmette bestuurder een dominante positie inneemt (bijvoorbeeld de bestuursvoorzitter, de grootaandeelhouder en/of het familiehoofd is) en niet op voorhand

Costa Gomez-Brandao/Joral Management), rov. 3.5.2 – gewezen in de context van art. 2:146/256 BW (oud) – aansluit.

47 HR 21 februari 2003, NJ 2003, 181 (VIBA), HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (HBG), HR 18 april 2003, NJ 2003, 286 (Rodamco North America), HR 18 november 2005, NJ 2006, 173 (Unilever), OK 17 januari 2007, JOR 2007/42 (Stork), HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN Amro), HR 14 september 2007, NJ 2007, 611-612 (Versatel Telecom International), HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 (Koninklijke DSM) en HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544 (ASM International).

heeft gemeld de voorliggende (rechts)handeling onwenselijk te achten, maar daarover heeft gezwegen of deze zelfs heeft bepleit, en/of (ii) als bij een kritische en afwijkende opstelling een minderheidspositie dreigt voor de 'dwarsliggende' bestuurder. Er staat dan een levensgrote olifant in de bestuurskamer. Bij aanwezigheid van financiële overwegingen zal die 'angstfactor' vanzelfsprekend ook kunnen zien op financiële repercussies: bijvoorbeeld wanneer de medebestuurder ook de grootaandeelhouder is, die beslist over de beloning en de aanstelling van bestuurders.

Het aardige is, dat het Nederlandse ondernemingsrecht een aanknopingspunt biedt voor de juridische nuancering die ik hier bepleit, zij het in het kader van artikel 2:146/256 BW (oud). Ik doel op de volgende zinsnede uit HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 (Bruil-Kombex-Arnhem/Bruil-Arnhem Beheer), rov. 3.4, waarop de voorgestelde regeling voortborduurt.

'Deze bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontfangen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.' (onderstreping toegevoegd, BFA).

In de literatuur wordt getwijfeld aan de zelfstandige betekenis van deze onderstreepte zinsnede, die zelfs 'onzorgvuldig geformuleerd' is genoemd.⁴⁸ Misschien niet helemaal ten onrechte, als wordt uitgegaan van een tegenstrijdig belang in traditionele zin, zoals de rechtspraak en de literatuur – gelet op het traditionele primaat van artikel 2:146/256 BW (oud) – logischerwijs doen; dan lijkt sprake van een doublure. Het valt ook op dat de Hoge Raad hier (en elders) consequent vermijdt het begrip 'onafhankelijkheid' van individuele bestuurders te introduceren, laat staan uit te werken. Wat daarvan zij, mijns inziens kan die zelfstandige betekenis wél worden gevonden door (i) een 'persoonlijk belang' te reserveren voor de bestuurder die als wederpartij (direct) of als betrokkene bij die wederpartij (indirect) aan twee zijden van de (rechts)handeling staat en (ii) de 'betrokkenheid bij een ander met dat van de vennootschap niet parallel lopend belang' te reserveren voor de bestuurder die niet onafhankelijk is van de besmette bestuurder. Die onderstreepte zinsnede ziet dan primair op de interne verhouding tussen de bestuurders onderling, niet langer op

⁴⁸ Zie o.a. A.F.J.A. Leijten in nr. 10 van zijn noot bij HR 29 juni 2007, JOR 2007/169 (Bruil-Kombex-Arnhem/Bruil-Arnhem Beheer), S.M. Bartman in nr. 7 van zijn noot bij HR 29 juni 2007, JOR 2007/169 (Bruil-Kombex-Arnhem/Bruil-Arnhem Beheer) en A.F.J.A. Leijten in nr. 12-13 van zijn noot bij HR 29 februari 2008, JOR 2008/93 (*Café Bar Caribbean/Licores Maduro*) met daarin de genoemde diskwalificatie.

de *externe* verhouding tussen de bestuurder en de wederpartij van de vennootschap. Hier is, met andere woorden, een perspectiefwisseling aangewezen. Beide verschijningsvormen kunnen worden gezien als een met het belang van de vennootschap tegenstrijdig persoonlijk belang van de bestuurder in ruime zin, als gevolg waarvan de bestuurder niet in staat kan worden geacht dat belang van de vennootschap te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld⁴⁹ bestuurder mag worden verwacht. Maar het komt de duidelijkheid ten goede om de tweede vorm als afwezigheid van onafhankelijkheid te betitelen; want dát is toch echt iets anders dan een ‘tegenstrijdig belang’ in de klassieke betekenis van dit begrip.⁵⁰

Ik rond af met een knelpunt in deze benadering: de *afwezigheid* van de vereiste onafhankelijkheid binnen het bestuur (in de regel: bij de helft of de meerderheid van de bestuurders) zal voor een verzoeker in een enquêteprocedure die de horde van artikel 2:350 lid 1 BW moet nemen vaak lastiger aannemelijk te maken zijn, dan de *aanwezigheid* van een tegenstrijdig belang bij één of meer bestuurders.⁵¹ Dat laatste is veelal zichtbaarder, tastbaarder, eenvoudiger aanwijsbaar. Een oplossing kan – gelet op de ratio van de voorgestelde regeling – daaruit bestaan, dat op (de bestuurders van) de vennootschap een verzwaarde stelplicht komt te rusten inzake de gang van zaken rond het hele besluitvormingsproces dat heeft geleid tot de (rechts)handeling waarbij een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, indien die bestuurder zich om die reden aan dat proces heeft onttrokken.⁵² De hamvraag is dan immers of die besluitvorming door het bestuur als collectief per saldo daadwerkelijk onbesmet is, door de onafhankelijkheid van voldoende overige bestuurders. Bij ontkennende beantwoording zal de strengheid van de rechterlijke toets in beginsel aanzienlijk moeten toenemen, ter bescherming van het belang van de vennootschap.⁵³ Aldus verkrijgt de verzoeker aanknopingspunten in de bewijsvoering, maar is het uiteindelijk nog wel aan hem om de Ondernemingskamer ervan te overtuigen dat sprake is van besmette besluitvorming, zodat zij haar toetsing daarop kan afstemmen.⁵⁴ De rechter zal

49 Dit dekt dan niet alleen de afwezigheid van subjectieve kwade trouw bij de bestuurder (integer), maar ook de afwezigheid van een onbewust vertroebeld beoordelingsvermogen (onbevooroordeeld).

50 Of, eventueel, als een *afgeleid* tegenstrijdig belang. Ik preferer per saldo de eerstgenoemde benadering.

51 Dat zal anders kunnen liggen als een onderzoek is gelast en het onderzoeksverslag door de onderzoeker(s) is gedeponereerd. Dan verkeert de enquêteprocedure, indien die wordt voortgezet door de verzoeker(s), in de tweede fase (een zelfstandige verzoekschriftprocedure) die draait rond art. 2:354 e.v. BW. De horde van art. 2:350 lid 1 BW is dan al genomen.

52 Zie verder Assink 2011, p. 19.

53 Ik verwijs korthedshalve naar Assink 2007, nr. 38.

54 Een soortgelijke benadering biedt HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58 (*Pasma q.q./Brijder*), rov. 3.5 in de context van art. 2:138/248 lid 2 BW. Dit ligt ook in lijn met *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984) over ‘the structural bias common to corporate boards throughout America, as well as the other unseen socialization processes cutting against independent discussion and decisionmaking in the boardroom. The difficulty with structural bias (...) is simply one of establishing it.’ De mogelijkheid van *structural bias* wordt onderkend, maar de aanwezigheid ervan in een concreet geval dient wel aannemelijk te worden gemaakt. Iets anders is waar de drempel ter zake moet worden gelegd; zie de volgende noot.

hoe dan ook voldoende oog dienen te hebben voor het realiteitsgehalte van die mogelijkheid.⁵⁵

Thema 2: de literatuur en vrijtekening van ondernemende bestuurders

Daarmee beland ik aan bij thema 2: vrijtekening (exoneratie) door de vennootschap van ondernemende bestuurders, ter limitering van hun eventuele aansprakelijkheid jegens de vennootschap.⁵⁶ Hier wil ik de stelling betrekken dat de literatuur *onvoldoende* het belang onderkent via dit instrument (ondernemend) bestuurlijk gedrag in positieve zin te beïnvloeden.

De literatuur is opmerkelijk eensgezind waar het gaat om vrijtekening. Ik richt mijn pijlen op de *communis opinio* die zich daarin aftekent, dat een vrijtekening van de bestuurder in verband met zijn aansprakelijkheid jegens de vennootschap *per definitie* – dus: los van de omstandigheden van het geval – ontoelaatbaar is. De wet zwijgt hierover en richtinggevend rechtspraak ontbreekt. Ik zie als de kern van een vrijtekening door de vennootschap van de bestuurder in de statuten of in een overeenkomst (met goedkeuring van de AvA en eventueel de RvC), dat de vennootschap daardoor niet of beperkt gerechtigd is vergoeding te vorderen van schade die zij lijdt door bepaald onzorgvuldig gedrag van de bestuurder, ook al is op zich aan de vereisten voor aansprakelijkheid voldaan; tenzij de bestuurder die schade opzettelijk, op bewust roekeloze wijze of anderszins subjectief te kwader trouw (dus: op disloyale wijze) heeft toegebracht aan de vennootschap. Buiten de vrijtekening zou ik ook willen laten vallen de situatie, waarin de bestuurder (on)bewust vennootschapsvreemde belangen dient ten nadele van de vennootschap; daarvoor is vrijtekening evenmin bedoeld. Een vrijtekening dekt aldus door objectieve onzorgvuldigheid van de ondernemende bestuurder aan de vennootschap toegebrachte schade, mits daarbij geen sprake is van subjectieve kwade trouw (disloyaliteit) en/of belangenvermenging ten detrimente van de vennootschap. Men kan vrijtekening zien als een partiële afstand van het recht van de vennootschap om haar bestuurder aansprakelijk te stellen voor schade die zij lijdt als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW), onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en/of ander (toerekenbaar) tekortschieten van de bestuurder jegens de vennootschap.

55 In *Beam v. Stewart*, 845 A.2d 1040 (Del. 2004) wordt de drempel daár gelegd, waar 'because of the nature of [the] relationship (...), the non-interested director would be more willing to risk his or her reputation than risk the relationship with the interested director'. Deze drempel ligt mijns inziens wel erg hoog, mede omdat er dan aangetoond dient te worden dat de bestuurder in kwestie welbewust de afweging aldus heeft gemaakt. Dat zal vaak onmogelijk zijn en miskent dat de afweging ook onbewust gemaakt kan worden; waarover hiervoor. Zie voor een rekkelijker – en realistischer – benadering *In re Oracle Corp. Derivative Litigation*, 824 A.2d 917 (Del. Ch. 2003) waarover thema 3, waarbij wordt verwezen naar Blair & Stout 2001, p. 1780 en Rock & Wachter 2001, p. 1640.

56 Zie over de functie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht Assink e.a. 2011, p. 9 e.v.

Voor de categorische afwijzing van deze figuur, waaraan de meeste juridische handboeken hooguit slechts summiere passages wijden, worden in essentie de volgende argumenten aangevoerd. Ten eerste dat artikel 2:9 BW – gelet op artikel 2:25 BW – van dwingend recht is, zodat van dat aansprakelijkheidsregime niet kan worden afgeweken, op straffe van nietigheid van die afwijking. Ten tweede dat, nu aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling vereist dat aan de bestuurder een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt, een vrijtekening in strijd is met de openbare orde althans de goede zeden en dus nietig is op de voet van artikel 3:40 lid 1 BW. Ten derde dat een vrijtekening niet past bij de vertrouwens- en machtspositie (fiduciaire positie) die een bestuurder jegens de vennootschap inneemt.⁵⁷ Deze nogal legistisch aandoende argumenten lijken op het eerste gezicht wellicht sluitend en toereikend, maar zijn dat – denk ik – bij nadere beschouwing niet. Ze miskennen bovendien consequent de vraag of het zinvol en uit rechtspolitiek oogpunt wenselijk is vrijtekening, tot op zekere hoogte, toelaatbaar te achten. Hier komt de invloed van de sociale psychologie in beeld.

Laat ik beginnen met de technisch-juridische kant van het verhaal, waarbij de nadruk dus ligt op artikel 2:9 BW als aangepast per 1 januari 2013:

- Artikel 2:9 BW is weliswaar van dwingend recht, maar bevat niet meer dan (i) een algemene gedragsnorm (behoorlijke taakvervulling), (ii) een verwijzing naar taakverdeling en (iii) een regel voor individuele disculpatie van hoofdelijke aansprakelijkheid. Dáárop maakt een vrijtekening op zich geen inbreuk. Die gedragsnorm blijft immers intact, evenals de mogelijkheid van taakverdeling en disculpatie. Weliswaar bepaalt het nieuwe artikel 2:9 BW dat elke bestuurder ‘aansprakelijk [is] ter zake van onbehoorlijk bestuur’, maar die strofe heeft betrekking op de verhouding tussen enerzijds hoofdelijke aansprakelijkheid (de hoofdregel) en anderzijds geen aansprakelijkheid bij disculpatie (de uitzondering).⁵⁸ Bovendien betekent ‘aansprakelijkheid’ in dit verband wel dat de bestuurder op zich verhaal op zijn vermogen moet dulden, maar niet per se dat de vennootschap geen afstand mag doen van haar recht voor bepaalde gevallen schadevergoeding te vorderen van die bestuurder op de voet van artikel 2:9 BW.⁵⁹

57 Zie o.a. Van der Heijden/Van der Grinten 1992, p. 458, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, p. 596, Van Schilfgaarde/Winter 2009, p. 169-170, De Groot 2011, p. 36 en Rechtspersonen (losbl.), art. 2:9 BW, aant. 12.a. Alle met verwijzingen naar andere gelijkgestemde literatuur. Raaijmakers 2006, p. 277-278, 439-440 lijkt een iets genuanceerder standpunt in te nemen, maar glashelder is mij dat niet. Zie daarentegen o.a. Van Schilfgaarde 1986, p. 76, Assink & Olden 2005 en Orsel 2006. Ik zie niet in waarom de brede conclusie die J.M.K.P. Cornegoor – in zijn noot in *Ondernemingsrecht* 2013, nr. 39 – uit HR 8 februari 2013, NJ 2013, 104 (*Veltman/Staalbankiers*), rov. 3.4.2 trekt eenvoudigweg zou (moeten) volgen uit hetgeen de Hoge Raad daarin nogal specifiek overweegt, welk arrest ziet op een wezenlijk andere casus en context dan die waarop dit tweede thema betrekking heeft.

58 Zie o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.

59 Het in art. 2:9 BW vervatte ‘gedragsrecht’ is mijns inziens *in die zin* dus niet dwingend. Zie daarover Timmerman 2005. Dit wordt niet anders, doordat rond het belang van de vennootschap normaliter meer deelbelangen een rol spelen dan die van aandeelhouders alleen. De bestuurder dient immers steeds het belang

- Rechtspraak van de Hoge Raad inzake artikel 2:9 BW, althans de daaruit kenbare strekking van die bepaling, dwingt niet tot een andersluidende conclusie. Die rechtspraak verduidelijkt veeleer dat artikel 2:9 BW (net als art. 7:661 BW voor de werknemer) een beperking impliceert van de aansprakelijkheid voor de schade die de bestuurder – kort gezegd – binnen de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft toegebracht aan de vennootschap; in het bijzonder doordat artikel 2:9 BW in de rechtspraak zo wordt uitgelegd, dat voor aansprakelijkheid op de voet daarvan noodzakelijk is dat (gelet op alle omstandigheden van het geval) aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit is iets anders, omdat het ziet op de vestiging van aansprakelijkheid van de bestuurder, niet op het (doen van afstand van het) recht van de vennootschap om uit dien hoofde schadevergoeding te vorderen van de bestuurder.⁶⁰
- Niet goed valt bovendien in te zien waarom de vennootschap wel achteraf afstand van recht kan doen door aan de bestuurder via de adequaat geïnformeerde AvA⁶¹ ontslag van aansprakelijkheid te verlenen, zelfs indien met opzet schade is berokkend aan de vennootschap,⁶² maar niet vooraf afstand van hetzelfde recht kan doen via een geclausuleerde vrijtekening, ook al is zij maximaal geïnformeerd over de modaliteiten daarvan. De reikwijdte van die vrijtekening is immers – net als de kwijting, waarvan de mogelijkheid algemeen wordt onderkend – beperkt tot een *bepaalde* handelwijze, zij het dat naar de aard van de zaak het specifieke feitencomplex dat in de toekomst onder de vrijtekening gebracht kan worden op het moment van vrijtekening nog niet bekend is. Van een *carte blanche*, een vrijbrief, is dus geen sprake.
- Ten slotte sluit een vrijtekening exoneration voor opzet, bewuste roekeloosheid of andere vormen van subjectieve kwade trouw uit. Ook daarin kan zonder meer geen strijd met de openbare orde of de goede zeden schuilgaan.⁶³ Men bedenke daarbij dat een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (een BCA-polis) – in termen van subjectieve laakbaarheid – in de regel slechts opzettelijk toegebrachte schade van dekking uitsluit, waarbij onder opzet wordt verstaan het willens en wetens handelen of nalaten met het

van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming tot richtsnoer te nemen, daar waar nodig rekening houdend met belangen van bij de vennootschap (en de daarmee verbonden onderneming) betrokkenen. Zie o.a. Assink 2010, nr. 5.2 met verwijzingen.

60 Zie o.a. HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 (*Holding Nutsbedrijf Westland/Schieke*), rov. 3.4.4 en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen Beheer/NOM Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij*), rov. 5.3, voortbouwend op met name HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven Automobielfabriek Venlo*), rov. 3.3.1 en HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*), rov. 3.4.5.

61 Zie o.a. HR 17 juni 1921, NJ 1921, 737 (*Deen/Perlak Petroleum Maatschappij*), HR 20 juni 1924, NJ 1924, 1107 (*Truffino/De Kanter q.q.*), HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven Automobielfabriek Venlo*), rov. 3.4.1 en HR 25 juni 2010, JOR 2010/227 (*De Rouw/Dingemans q.q.*), rov. 4.1-4.2.

62 Zie o.a. HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308 (*Ellem Beheer/De Bruijn*), rov. 3.3.

63 Zie recent o.a. HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158 (*Spector Nederland/Fotoshop 2000*), rov. 3.11 en HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (*Gemeente Stein/Steiner Zand- en Grindhandel Driessen*), rov. 3.6. Zie ook art. 3:40 lid 1 BW.

oogmerk de schade toe te brengen of met de zekerheid dat de schade, hoewel wellicht niet beoogd, zal ontstaan; hierover bestaat geen noemenswaardige discussie in de rechtspraak of de literatuur.⁶⁴ Een vrijtekening heeft dan overigens nog wel degelijk zin, omdat een ernstig verwijt (in beginsel een objectieve maatstaf) aanwijsbaar ruimer is dan opzet, bewuste roekeloosheid of andere vormen van subjectieve kwade trouw; de vrijtekening dekt in beginsel juist die marge.⁶⁵

Kortom, het is allemaal niet zo zwart/wit als de literatuur wel doet geloven; althans, dat zou het niet moeten zijn.

Daarmee raken we, mijns inziens, aan het hart van de kwestie: belet de fiduciaire positie van de bestuurder de toelaatbaarheid van vrijtekening? Ik zou menen dat die fiduciaire positie juist pleit vóór toelaatbaarheid van vrijtekening. Waarom is dat zo? In wezen verwacht iedere vennootschap van haar ondernemende bestuurder, dat hij zo goed mogelijk onderneemt in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming en zodoende waarde creëert. Ondernemerschap kan door de daaraan inherente risico's slecht uitpakken voor de vennootschap en resulteren in verlies (schade), maar ook goed uitpakken en resulteren in – kort gezegd – succes van de onderneming ten behoeve van onder meer klanten (producten/diensten waaraan behoefte bestaat), werknemers (werkgelegenheid), de maatschappij (belastingafdracht) en *last but not least* aandeelhouders en andere verschaffers van risicodragend kapitaal (dividend en waardevermeerdering van aandelen). Wat uit het oog wordt verloren in de literatuur, is dat vrijtekening een zinvol instrument kan zijn om bestuurders meer comfort te bieden om gedurfd en risicovol maar potentieel waardecreërend te ondernemen, anders dan door middel van beloning.⁶⁶ Niet alleen door op deze wijze bepaalde negatieve prikkels weg te nemen c.q. te verminderen, met name een overdreven perceptie van persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's, maar ook door aldus bepaalde positieve prikkels toe te voegen: specifiek het expliciet schenken van het vertrouwen aan de bestuurder, dat hij steeds – en uit eigen beweging – subjectief te goeder trouw (loyaal) en objectief zorgvuldig zal handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, zoals vereist door

64 Zie o.a. HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 (*Goudse Verzekeringmaatschappij/Muller*), waaruit kan worden afgeleid dat het aanvaarden van een aanmerkelijke kans alleen daartoe onvoldoende is (hetgeen bewuste roekeloosheid omvat).

65 Zie o.a. Assink & Olden 2005, p. 9 e.v. en Assink e.a. 2011, p. 25-26 en 31-32. Strik 2010, p. 20 e.v. is een exponent van de stroming die 'ernstig verwijt' juist wil laten samenvallen met 'opzet of bewuste roekeloosheid'.

66 Uit onderzoek blijkt dat (variabele) beloningsprikkels minder effectief zijn, naarmate de te verrichten handeling waarmee de beloning kan worden verdiend meer creativiteit vergt en dus naar de aard onbepaalder is. Voor ondernemen gaat dat in hoge mate op. Wie tien minuten over heeft, zou eens op www.youtube.com moeten kijken naar de prachtige animatie van RSA Animate, getiteld 'The Surprising Truth About What Motivates Us'.

zijn fiduciaire positie.⁶⁷ Daarbij past ook dat aan de ondernemende bestuurder beleidsvrijheid toekomt, die door hem in beginsel – mits op loyale en zorgvuldige wijze in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming – op autonome wijze mag worden aangewend. Uit onderzoek blijkt niet alleen dat de mens door de bank genomen ontvankelijk is voor dergelijke geëxpliciteerde positieve prikkels en geneigd is zijn gedrag daarop aan te passen (zeker wanneer zijn omgeving dat eveneens doet), maar ook dat juist deze prikkels vaak bevorderen dat die mens – anders dan de hypothetische *homo economicus* – primair gaat denken in het belang van de ander wiens belang hij behartigt, in plaats van in zijn eigen belang. Voor de bestuurder, die veelal opereert in een groep van gelijkgestemden, is dat waarschijnlijk niet principieel anders. Door deze aansporing van geïnternaliseerd plichtsbesef en altruïsme, neemt de kans toe dat de bestuurder oprecht en gemotiveerd het beste uit zichzelf wil halen ten behoeve van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming; óók als daarvan afwijkend (calculerend) gedrag naar verwachting wel een persoonlijk voordeel zou opleveren, maar niet direct geraakt zou worden door juridische of buiten-juridische sancties.⁶⁸ Vrijtekening heeft dan in potentie een aspiratief, inspirerend, positief gedragsbeïnvloedend effect. Die constructieve bestuurlijke grondhouding lijkt mij bepaald wenselijk. Dit laatste vereist wel, dat we flexibeler gaan denken over artikel 2:9 BW-aansprakelijkheid als mogelijke sanctie voor bestuurders wanneer zij een steek laten vallen. We moeten af van de Pavlov-reactie, dat een verminderd aansprakelijkheidsrisico onwenselijk bestuurlijk gedrag al snel in de hand werkt.

Nu kan mij worden tegengeworpen: maar de aansprakelijkheidsdrempel is al verhoogd via de 'ernstig verwijt'-maatstaf, is dit dan niet wat te veel van het goede? Ik maak kort vijf relativerende opmerkingen over die denkbare tegenwerping:

- In de eerste plaats is het bereik van de vrijtekening beperkt: die omvat immers alleen gedrag dat weliswaar een ernstig verwijt oplevert, maar niet (ook) als opzettelijk, bewust roekeloos of anderszins subjectief te kwader trouw (disloyaal) kan worden aangemerkt. Zoveel terrein geeft de vennootschap dus ook weer niet weg, terwijl zij door die vrijwil-

67 Zie o.a. Assink 2010, nr. 5.3 met verwijzingen. Of een bestuurder zich in de toekomst ook daadwerkelijk zo zal gedragen, is op voorhand niet met zekerheid vast te stellen door de vennootschap. Door het expliciete vertrouwen aan de bestuurder te schenken dat hij zich zo zal gedragen, neemt de vennootschap niet alleen de gok dat de bestuurder aan deze verwachting beantwoordt (een gok die zij altijd moet nemen), maar bevordert zij ook dat de bestuurder wenselijk gedrag vertoont. Zie de volgende noot.

68 Zie voor een uitvoerige beschouwing vol verwijzingen Blair & Stout 2001, p. 1761-1762, 1808-1809. Zie verder o.a. Rock 1997, p. 1013, Eisenberg 1999, p. 1260 en 1292, Rock & Wachter 2001, p. 1640 en Stout 2003, p. 8-9 over het intrinsieke verlangen van een bestuurder om 'je best te doen', niet alleen vanwege externe factoren, maar (juist) ook vanwege interne drijfveren zoals 'a director's sense of honor; her feelings of responsibility; her sense of obligation to the firm and its shareholders; and, her desire to "do the right thing"'. Deze inzichten illustreren dat het (ondernemings)recht zeker niet de enige, laat staan de primaire, factor is die menselijk gedrag beïnvloedt. In de woorden van Langevoort 2001, p. 800: '(...) the law has played a relatively minor role in the evolution of board structure and behavior; market and other social forces are far more important.'

lige geste wel meer authentieke loyaliteit, welwillendheid van de bestuurder jegens 'zijn' vennootschap kan kweken.

- In de tweede plaats laat een vrijtekening onverlet, dat de bestuurder in termen van de gedragsnorm zijn taak behoorlijk dient te vervullen (art. 2:9 BW). Hij opereert niet in een juridisch normledige omgeving, waarin het hem bijvoorbeeld vrijstaat naar believen op ongeïnformeerde en ondoordachte wijze zakelijke beleidsafwegingen te maken, of daarbij kenbaar onverantwoord grote risico's te nemen.
- In de derde plaats zal ondanks die geste, de tuchtigende werking van bijvoorbeeld (i) eventuele persoonlijke aansprakelijkheid, (ii) normatieve diskwalificaties van gedrag in rechte (zoals in het enquêterecht) of (iii) de mogelijkheid van ontslag niet (geheel) verdwijnen. Zeker niet wanneer op enig moment een afgeleide actie wordt geïntroduceerd in Boek 2 BW. Bovendien ligt het in de rede, dat de doorsneebestuurder zijn persoonlijke reputatie bij zijn groepsgegoten en de buitenwacht niet snel te grabbel zal willen gooien, door bewust misbruik te maken van het (expliciet) in hem gestelde vertrouwen.
- In de vierde plaats neemt een vrijtekening de onzekerheid weg, die bestaat over de invulling van de 'ernstig verwijt'-maatstaf; die invulling is notoir onduidelijk.⁶⁹ Een vrijtekening geeft de rechtsverhouding tussen de vennootschap en haar bestuurder meer reliëf en vergroot zodoende de rechtszekerheid voor de bestuurder. Temeer nu bij een onverhoopt faillissement van de vennootschap ook de curator in beginsel aan een vrijtekening is gebonden; dat is van belang, omdat artikel 2:9 BW in de praktijk meestal door de curator en niet door de solvante vennootschap in stelling wordt gebracht. Bovendien wordt door het expliciet geven van vertrouwen via een vrijtekening nog eens inzichtelijk gemaakt aan de bestuurder, wat van hem in termen van verantwoord gedrag verwacht wordt.
- In de vijfde plaats past het bij een faciliterend ingesteld en internationaal concurrerend ondernemingsrecht, dat niet onnodig bevoogdend wil zijn, een dergelijke figuur toe te staan. Vrijtekening, als vehikel voor het (expliciet) geven van vertrouwen aan de ondernemende bestuurder, hangt juist samen met het bevorderen van waardecreatie; niet, zoals het eerste onderwerp, met het tegengaan van waardevernietiging.⁷⁰

Dit alles in aanmerking nemende, komt het mij voor dat over de toelaatbaarheid van vrijtekening tot op heden onvoldoende diep en breed is nagedacht. Als men wil, kán het niet alleen in technisch-juridische zin, er bestaan ook goede rechtspolitieke redenen om het te willen.⁷¹ Ik zou daarom juist geneigd zijn te pleiten vóór de toelaatbaarheid van vrijtekening,

⁶⁹ Zie o.a. Kroeze 2005, p. 16-17, Assink 2010, nr. 5.3 en Assink e.a. 2011, p. 25, 68.

⁷⁰ Zie in vergelijkbare zin Cools 2005, p. 102-103.

⁷¹ Dit illustreert ook dat, anders dan wordt gesuggereerd in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 482, aan toelaatbaarheid van vrijtekening (exoneratie) HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/Hollandsche*

voorzien van een wettelijke basis en met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 en 6:248 BW).⁷² Sterker nog, dat heb ik – zonder sociaalpsychologische verdieping – enkele jaren geleden al eens gedaan; maar vooralsnog niet helemaal met het gewenste effect.⁷³ Ook hier dient dus rechtsontwikkeling plaats te vinden. Wat nu zo aardig is, en daarmee kom ik aan het eind van de rode draad van mijn betoog in dit thema, is dat zelfs als ontoelaatbaarheid van vrijtekening aangenomen zou moeten worden, de regeling van artikel 2:9 lid 2 BW als een verkapte vrijtekeningsregeling kan gaan functioneren. Ik doel in het bijzonder op de rol van taakverdeling tussen bestuurders, die vormgeeft aan hun onderlinge samenwerking. Indien met de wetsgeschiedenis aangenomen dient te worden, dat een individuele bestuurder die redelijke schadebeperkende maatregelen heeft genomen in beginsel de aansprakelijkheidsdans kan ontspringen door een terecht beroep te doen op een vooraf vastgestelde taakverdeling, wordt immers een vergelijkbaar resultaat bereikt: tot voldoening van schadevergoeding aan de vennootschap komt het niet.

*‘De bestuurder die wordt aangesproken, zal moeten aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn taak als bedoeld in artikel 2:9 lid 2 BW behoorde. Ook moet hij aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het handelen of nalaten door de andere bestuurder, wiens taak het wel betrof, af te wenden’, aldus de wetsgeschiedenis.*⁷⁴

Het is uiteindelijk aan de rechtspraak om hieraan invulling te geven, maar vóór die benadering pleit hetzelfde rechtspolitieke argument als ten faveure van vrijtekening.⁷⁵

Thema 3: de praktijk en de keuze voor een monistisch of dualistisch bestuursmodel

Daarmee kom ik aan bij thema 3, waarin ik de aandacht verleg naar de praktijk (te onderscheiden van de wetgever, de rechtspraak en de literatuur) en daarmee wat los kom

Bank-Unie) helemaal niet in de weg hoeft te staan, juist gelet op de omstandigheden die de Hoge Raad daar benoemt en de ruimte die bestaat op grond daarvan – indien gewenst – vrijtekening toelaatbaar te achten. Zou de toelaatbaarheid van vrijtekening nu toch afstuiten op het dwingendrechtelijk karakter van art. 2:9 BW, dan ligt overeenkomstige nuancering van art. 2:9 BW wat mij betreft in de rede.

72 Zie voor een equivalent bijvoorbeeld de in Delaware gehanteerde benadering, neergelegd in par. 102(b)(7) DGCL waarover Assink 2007, nr. 13. Er zijn ook jurisdicties waar men minder ruim over deze materie denkt. Zie o.a. Cheffins & Black 2006, p. 1385-1480.

73 Assink & Olden 2005, p. 9-15.

74 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9. Dit zal anders liggen indien de aangesproken bestuurder indirect wel een ernstig verwijt treft, getuige Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8: ‘Wanneer een bestuurder waarneemt dat een mede-bestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, zal die bestuurder moeten ingrijpen om beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond, ook wanneer de desbetreffende taak slechts aan de mede-bestuurder is toebedeeld.’

75 Er zijn overeenkomsten en verschillen tussen deze figuren. Zie Assink 2011, p. 25.

van de inpassing van inzichten uit de sociale psychologie in – kort gezegd – de meer doctrinaire kant van het ondernemingsrecht. Daarbij wijs ik op de invoering in Boek 2 BW per 1 januari 2013 van de in artikel 2:129a/239a BW vervatte mogelijkheid om voor de organieke inrichting van de organisatie van de vennootschap in plaats van een dualistisch bestuursmodel (met naast een bestuur een RvC) te kiezen voor een monistisch bestuursmodel, waarin naast het bestuur geen RvC is geplaatst maar het bestuur bestaat uit twee typen van bestuurders: de uitvoerend bestuurder(s) en de niet-uitvoerend bestuurder(s). De taakopdracht van de niet-uitvoerend bestuurder heeft hybride trekken, omdat dit type van bestuurder zowel met de andere uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders op hoofdlijnen betrokken dient te zijn bij het te voeren beleid van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (inclusief de strategische aspecten daarvan), als met de andere niet-uitvoerend bestuurders toezicht dient uit te oefenen op deze uitvoerend bestuurders die op dagelijkse basis de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming aansturen.⁷⁶

In de wetsgeschiedenis van artikel 2:129a/239a BW en de geleerde juridische commentatoren op deze bepalingen wordt het onderscheid tussen een dualistisch model en een monistisch model primair (zo niet: doorgaans uitsluitend) bekeken door de technisch-juridische lens, in het bijzonder wat betreft de verantwoordelijkheid (in termen van de trits: taakopdracht, eisen van verantwoord gedrag en afleggen van verantwoording) en eventuele aansprakelijkheid van een niet-uitvoerend bestuurder in een monistisch model afgezet tegen die van een commissaris in een dualistisch model.⁷⁷ Deze lens is zeker relevant, maar waar het gaat om het maken van een verantwoorde keuze in de praktijk door vennootschappen voor het ene door Boek 2 BW geregeerde bestuursmodel of juist het andere, niet de enig relevante lens. Ik doel hier op een extra dimensie die kleeft aan het onderscheid tussen het monistische model en het dualistische model, die verband houdt met de wijze waarop mensen⁷⁸ zich plegen te gedragen in groepsverband (mede in de besluitvormingscontext), hier in het bijzonder in het kader van het orgaan (het bestuur) of de organen (het bestuur en de RvC) die in beleidsmatige zin ‘op de bok’ van de vennootschap zitten; men kan dit duiden als *boardroom dynamics*, waarvan juridische adviseurs van voornoemde vennootschappen zoals advocaten, notarissen en ook bedrijfsjuristen zich onder meer in

⁷⁶ Zie meer in detail o.a. Assink 2009, nr. 4.1-4.2 met verwijzingen en de volgende noot.

⁷⁷ Illustratief zijn de congresbundel Bestuur en toezicht (IvO-reeks, nr. 67), Deventer: Kluwer 2009 en het themanummer Bestuur en toezicht, Ondernemingsrecht 2012-12, beide zowel in juridisch opzicht belangrijke bronnen wat betreft moderne bestuursmodellen bij kapitaalvennootschappen als – nagenoeg – gespeend van verbindingen met relevante inzichten uit de sociale psychologie waar het gaat om de praktische keuze voor een bepaald model.

⁷⁸ Net zoals in een dualistisch model een commissaris een natuurlijk persoon *moet* zijn (art. 2:140/250 lid 1 BW), geldt in een monistisch model dat een niet-uitvoerend bestuurder een natuurlijk persoon *moet* zijn (art. 2:129a/239a lid 1 BW). De wetgever acht het vervullen van een intern-toezichthoudende functie dermate persoonsgebonden, dat een rechtspersoon – die wel (uitvoerend) bestuurder en/of aandeelhouder kan zijn – een dergelijke functie niet kan bekleden.

dit verband evenzeer rekenschap zouden moeten geven.⁷⁹ Ik wijd daaraan enkele opmerkingen, waarbij ik mij baseer op uitvoerige literatuur uit de gedragswetenschappen die veelal gericht is op de *board of directors* in een monistisch model binnen de Anglo-Amerikaanse context. Ik beperk me daarbij tot twee onderwerpen: (i) de kwaliteit van besluitvorming in groepsverband en (ii) de haken en ogen die aan sociale cohesie zitten, waarbij ik een onderscheid maak in enerzijds verhoudingen binnen de groep (intern) en anderzijds verhoudingen tussen de groep en bepaalde derden (extern). Speelt de dichotomie monisme/dualisme ook hier een niet bij voorbaat te verwaarlozen rol? Ik neig vooralsnog naar een bevestigende beantwoording van die vraag, en wel op grond van het navolgende.⁸⁰

Een interessant gegeven uit de gedragswetenschappen is dat groepen onder omstandigheden per saldo kwalitatief betere besluiten nemen dan individuen. Ik zet daar meteen tegenover dat individuen vaak creatiever zijn dan groepen en gemakkelijker ideeën produceren,⁸¹ maar dáár staat weer tegenover dat individuen gemakkelijker blijven hangen in hun ideeën en blind worden voor de gebreken daarvan, die anderen – zij die niet met het idee ‘getrouwd’ zijn – mogelijk wel zien. Met ‘kwalitatief beter’ bedoel ik niet een morele kwalificatie aan te brengen, bijvoorbeeld in termen van sociaal superieur of politiek correcter, maar beoog ik simpelweg duidelijk te maken dat die besluiten beter uitpakken gezien vanuit het beoogde doel. Haft verwijst in dit verband naar het *assembly bonus effect*.⁸² Die meerwaarde wordt er onder meer in gezocht dat een groep, door de combinatie van meerdere personen met diverse lagen van kennis, ervaring, interesses en vaardigheden, beter in staat kan zijn dan een individu om (i) besluiten te nemen in complexe en onzekere

79 D.A.M.W.H. Strik legt in nr. 11 van haar noot bij OK 15 februari 2013, JOR 2013/102 (*Van der Moolen Holding*) terecht een verband tussen hetgeen de OK overweegt in rov. 9.2.7-9.2.15, 9.2.18 en deze dynamiek, zij het vanuit een iets ander perspectief. Zie over ‘zonnekoningengedrag’ verder o.a. Cools 2005.

80 Met een groep doel ik op een samenstel van twee of meer personen, waarbij deze personen elkaar op enige wijze kunnen beïnvloeden (er de mogelijkheid bestaat tot interactie tussen die personen). Het onderscheid in twee- en meerpersoonsgroepen laat ik hier buiten beschouwing. Zie o.a. Kroeze 2008, p. 438-439 (en elders in deze bundel): ‘Eigen aan de tweepersoonsgroep is dat niet de verhouding tussen het individu en de groep centraal staat, maar de verhouding tussen twee individuen. Het normatieve richtsnoer in een tweepersoonsgroep is reciprociteit: beloften moeten over en weer worden nagekomen, gunsten moeten met wederdiensten worden beantwoord en degene die geholpen wordt, moet helpen. De sociale druk die uitgaat van reciprociteit, staat ook bij de besluitvorming in een tweepersoonsgroep centraal.’

81 Zie o.a. Bainbridge 2008, p. 96-97: ‘The old joke about the camel being a horse designed by a committee captures the valid empirical observation that individuals are often superior to groups when it comes to matters requiring creativity. Research on brainstorming as a decision-making process, for example, confirms that individuals working alone generate a greater number of ideas than do groups’ en Taylor e.a. 2003, p. 313-314 met een mooie uitleg waarom dat zo is.

82 Haft 1981, p. 9: ‘The evidence shows that peer groups produce better solutions to problems than do individuals working alone. With some dissent, the evidence also supports the proposition that peer groups perform better than the best individual in the group. This is the “assembly bonus effect”. Intellectual synergy apparently occurs in peer groups.’ Bainbridge 2008, p. 82-89, die stelt dat ‘[n]umerous studies have found that group decisions are not only superior to those of the average group member, but also to those made by the very best individual decision makers within the group’, licht diverse van die studies toe, omdat deze zich tot op heden in weinig aandacht vanuit de juridische wetenschap hebben mogen verheugen.

situaties, waarin het lastig is de alternatieven en mogelijke gevolgen daarvan te overzien (in andere woorden: de gevolgen van *bounded rationality* te mitigeren)⁸³ en (ii) bepaalde individuele *biases* het hoofd te bieden, zoals de *herding bias*. Daarmee wordt in wezen gedoeld op de neiging van een beslisser om de acties van anderen te imiteren zonder acht te slaan op eigen informatie en het eigen beoordelingsvermogen met betrekking tot de merites van de voorliggende kwestie, om zo de nadelige gevolgen bij het eventueel slecht uitpakken van de keuze te beperken of met het oog op *bounded rationality*.⁸⁴ Het voorgaande oogt bepaald relevant voor het ondernemingsrecht, omdat het bestuur van een vennootschap – vooral als de uiteindelijke ondernemingsleiding – nogal eens beslissingen zal moeten nemen in dergelijke situaties. Die meerwaarde lijkt wel afhankelijk van bepaalde factoren. Ik noem de belangrijkste vier: (i) de mate van sociale cohesie in de groep, (ii) de mate van op consensus gerichte besluitvorming binnen de groep, (iii) de mate van onderlinge gelijkwaardigheid van de leden van de groep en (iv) de omvang van de groep. Ik loop deze factoren langs.

Factor (i) ziet op de compositie van de groep, logischerwijs een belangrijk aspect in dit verband. Personen die elkaar betrekkelijk goed kennen en/of liggen, met gedeelde sociale achtergrond, waarden en/of doelen, zullen in groepsverband immers gemakkelijker kunnen samenwerken dan vreemden en gezworen vijanden. Er is dan een basis van onderling vertrouwen, de communicatie verloopt soepeler en er zal ten gronde de bereidheid bestaan op constructieve wijze kennis te nemen van en na te denken over ieders standpunten. Dit is op zich bevorderlijk voor het functioneren van een groep.

Dat de omgeving waarin mensen handelen hun gedrag beïnvloedt, veel sterker dan vaak wordt aangenomen, volgt uit de volgende observaties omtrent sociale cohesie van Taylor, Peplau en Sears:

‘In some groups, the bonds among members are strong and enduring, morale is high, and there is a general sense of community. In other groups, members are loosely linked, lack a general sense of “groupness”, and tend to drift apart over time. Cohesiveness refers to the forces, both positive and negative, that cause members to remain in a group. Cohesiveness is a characteristic of a group as a whole, based on the combined commitment of each individual to the group. Many factors affect the cohesiveness of a group (...). When group members like each

83 Zie o.a. Haft 1981, p. 9.

84 Zie o.a. Bainbridge 2008, p. 96: ‘If a bad outcome occurs but the action was consistent with approved conventional wisdom, the hit to the manager’s reputation from the adverse outcome is reduced. As Keynes famously remarked, “it is better to fail conventionally than to succeed unconventionally”. If group decision making provides superior mechanisms for monitoring both the group itself and/or its subordinates (...), the incentive to herd is reduced. An actor can depart from conventional wisdom with more confidence that an adverse outcome will be fairly evaluated.’

*other and are connected by bonds of friendship, cohesiveness is high. (...) A second source of cohesiveness is the extent to which a group interacts effectively and harmoniously. (...) Third, people's motivation to remain in a group is also influenced by the instrumental goals of the group. (...) Our attraction to a group depends on the match between our goals and those of the group, and on how successfully the group accomplishes its objectives. (...) High levels of cohesiveness are usually beneficial to group functioning. When group members enjoy working together and endorse group goals, both morale and motivation tend to be high (...).*⁸⁵

Het bestuur van een vennootschap vormt een geformaliseerde groep met een missie. Uit de constatering van Kroeze (i) dat het profiel van bestuurders (en commissarissen) van Nederlandse vennootschappen weinig variatie kent, (ii) dat het lidmaatschap van een groep zoals het bestuur (of de RvC) hoog wordt gewaardeerd en status- en prestigeverhogend werkt, (iii) dat betrokkenen de onderlinge verhoudingen kenschetsen als amicaal en collegiaal met een hoge mate van homogeniteit en (iv) dat bestuurders (en commissarissen) 'het plezier in het spel' als belangrijk aspect van hun functie beschouwen, valt af te leiden dat daarbinnen doorgaans sprake zal zijn van een hoge mate van sociale cohesie. Hij rept over blanke mannen van vijftig jaar of ouder met veelal een universitaire opleiding, vaak afkomstig uit de sociale bovenlaag van de bevolking en niet-progressief (niet heel links?) georiënteerd. Die samenhang is natuurlijk geen toeval; men zoekt elkaar dikwijls op, vooral bij de grotere vennootschappen.⁸⁶ Ik wijs hier ook op wat meer anekdotisch bewijs, bestaande uit de aan 'superbelegger' Warren Buffet toegeschreven observatie dat veel 'big shots' houden van 'elephant bumping'. Dit fenomeen komt erop neer dat die actoren zich bij voorkeur ophouden daar waar 'other elephants are', omdat zij aldus bevestiging krijgen – als ze om zich heen kijken en al die andere mastodonten zien – dat zij ook een mastodont zijn, 'or why would they be there?'⁸⁷

Dit gebeuren wordt door de buitenwacht nogal eens negatief gepercipieerd als het 'old boys network'⁸⁸ (in de zin van: 'ons kent ons'), maar een positieve invulling van dat begrip is ook denkbaar. Zo stelt Langman dat je in Nederland niet tot die club behoort 'op grond

85 Taylor e.a. 2003, p. 310-311. Zie verder o.a. Kroeze 2008, p. 428 (en elders in deze bundel met meer verwijzingen).

86 Kroeze 2008, p. 429-433 (en elders in deze bundel) met aardige details, waaronder het onderscheid in 'normatieve beïnvloeding' en 'informatieel beïnvloeding' (waarover weer in detail Dallas 1997, p. 104-111). Zie verder o.a. Cox & Munsinger 1985, p. 91: 'Individuals who are quarrelsome, disagreeable, or rigid are disfavored (...)' (met op p. 105-106 een soortgelijk rijtje als dat van Kroeze), Taylor e.a. 2003, p. 241: 'We tend to like people who are similar to us in attitudes, interests, values, background, and personality (...)' en Velasco 2004, p. 860: 'The culture in corporate boardrooms is one of cooperation, not adversity.'

87 Kenbaar uit Page 2009, 254. Zie verder o.a. Cox & Munsinger 1985, p. 91-99.

88 Overigens wordt in Scandinavië door het toenemend aantal vrouwen in besturen en RvC's aldaar wel verwezen naar het 'old girls network', of naar 'golden skirts'.

van een eliteschool of universiteit die je bezocht hebt, maar omdat men je kent aangezien je je onderneming met succes geleid hebt'.⁸⁹ Hoe dat ook precies zij, een dergelijke mate van sociale cohesie gaat veelal hand in hand met een vrij concreet samenstel aan sociale normen. Door de hechte groepsleden gedeelde regels en verwachtingen – een *esprit de corps*, een subcultuur – over hoe de groepsleden zich dienen te gedragen, die het gedrag van de leden beïnvloeden (door de mogelijkheid van sancties bij normafwijkend gedrag en beloning bij normconform gedrag) en die leiden tot een zekere mate van conformisme.⁹⁰

Instructief voor de wijze waarop in Delaware wel tegen de materie wordt aangekeken, is de betekenisvolle 'terzijde' van toenmalig *Vice Chancellor* Strine (tegenwoordig *Chancellor*) van de Delaware *Chancery Court* dat

*'Delaware law should not be based on a reductionist view of human nature that simplifies human motivations on the lines of the least sophisticated notions of the law and economics movement. Homo sapiens is not merely homo economicus. We may be thankful that an array of other motivations exist that influence human behavior; not all are any better than greed or avarice, think of envy, to name just one. But also think of motives like love, friendship, and collegiality, think of those among us who direct their behavior as best they can on a guiding creed or set of moral values. Nor should our law ignore the social nature of humans. To be direct, corporate directors are generally the sort of people deeply enmeshed in social institutions. Such institutions have norms, expectations that, explicitly and implicitly, influence and channel the behavior of those who participate in their operation. Some things are 'just not done', or only at a cost, which might not be so severe as a loss of position, but may involve a loss of standing in the institution. In being appropriately sensitive to this factor, our law also cannot assume – absent some proof of the point – that corporate directors are, as a general matter, persons of unusual social bravery, who operate heedless to the inhibitions that social norms generate for ordinary folk.'*⁹¹

89 Langman 2005, p. 263.

90 Zie ook Assink 2007, nr. 3.f. Een opmerkelijk voorbeeld is de wijze waarop kennelijk tot voor kort (zeg ongeveer 2007) bij ABN Amro de leden van het bestuur na een vergadering de vergaderruimte verlieten: strikt op volgorde van anciënniteit. Zie daarover en meer Smit 2008. Men kan dit afdoen als ouderwets, maar daar evengoed een respect voor traditie in onderkennen; ook een kwestie van perceptie. Zie specifiek over groepsbesluitvorming door *rechters* Ten Velden & De Wilde elders in deze bundel.

91 *In re Oracle, Inc. Derivative Litigation*, 824 A.2d 917 (Del. Ch. 2003), waarop overigens in *Beam v. Stewart*, 845 A.2d 1040 (Del. 2004) met enigszins gefronste wenkbrauwen lijkt te zijn gereageerd. Winter 2006, p. 11 rept over 'clubbability' (het ergste wat je kan overkomen is dat je niet meer bij de club hoort'. Zie ook Bainbridge 2002, p. 37.

Waarom zou dat in Nederland wezenlijk anders zijn?

Die sociale normen spelen een belangrijke rol, naast de juridische regels van het ondernemingsrecht.⁹²

Het is niet waarschijnlijk dat het voorgaande in een monistisch model wezenlijk anders zal zijn dan binnen het bestuursorgaan in een dualistisch model. Hetzelfde geldt voor factor (ii): besluitvorming vindt binnen het bestuursorgaan van een vennootschap in de regel plaats op basis van consensus. Dit laatste past ook bij de doorgaans aanwezige sociale cohesie. Het belang van consensus is dat in de besluitvorming veelal alle gezichtspunten worden meegenomen en gewogen, waarna een uitkomst wordt bereikt die door alle groepsleden wordt ondersteund.⁹³ Ook dit zal in een monistisch model in beginsel niet wezenlijk anders zijn dan binnen het bestuursorgaan in een dualistisch model. Er zitten ook gevaren aan een té vergaande mate van sociale cohesie in combinatie met een consensuscultuur. Daarop kom ik hierna terug.

Anders zit het met factor (iii). In een monistisch model bevinden de niet-uitvoerende bestuurders zich immers niet in een geheel gelijkwaardige positie ten opzichte van de uitvoerende bestuurders (hun mede-bestuurders), nu de eerste mede toezicht houden op de tweede. In een structuurvennootschap komt de bevoegdheid tot ontslag (in wezen een vorm van werkgeversgezag) van deze tweede zelfs toe aan de eerste, uitgaande van het volledig regime (art. 2:164a/274a BW). Deze discrepantie is onvermijdelijk, want inherent aan het onderscheid tussen het bestuursorgaan in een monistisch model en in een dualistisch model. Maakt dit echt uit? Er zijn aanwijzingen dat als de verhouding tussen personen meer quasi- of zelfs volwaardige hiërarchische trekken krijgt, dit kan leiden tot verstoring van de balans, omdat de 'ondergeschikte' eerder de neiging zal hebben zijn gedrag in hogere mate te conformeren aan de gepercipieerde inzichten van de 'bovengeschikte'.⁹⁴ Hoewel vanuit juridisch perspectief binnen het bestuursorgaan in een monistisch model geen sprake is van een zuivere hiërarchie, valt niet te ontkennen dat uitvoerende bestuurders zich in een andere positie bevinden dan niet-uitvoerende bestuurders (nog daargelaten dat de bestuursvoorzitter een niet-uitvoerend bestuurder dient te zijn, gelet op art. 2:129a/239a lid 1 BW). Ik sluit niet bij voorbaat uit dat deze omstandigheid invloed kan hebben op de wijze waarop uitvoerende bestuurders zich gedragen in het bestuurlijke besluitvormingsproces, bijvoorbeeld doordat deze zich in sterkere mate conformeren aan de gepercipieerde opvatting van de niet-uitvoerende bestuurders. Intussen lijkt daarvoor wel ten minste vereist dat laatstgenoemden zich dominant opstellen en dat de dreiging van sancties voor uitvoerende bestuurders bij 'afwijkend' gedrag een reële is. Het ligt in

92 Zie o.a. Eisenberg 1999, p. 1253.

93 Zie o.a. Haft 1981, p. 33.

94 Zie o.a. Haft 1981, p. 13, 20 en Kroeze 2008, p. 435 (en elders in deze bundel).

de rede dat als dit verschil zich manifesteert, de sociale cohesie binnen het bestuur evenmin optimaal is.

Anders zit het ook met factor (iv). Boek 2 BW bepaalt niet uit hoeveel personen het bestuur of de RvC van een NV of BV moet bestaan, afgezien van artikel 2:158/268 lid 2 BW dat voor de structuurvennootschap stipuleert dat de RvC uit ten minste drie leden bestaat (hetzelfde geldt dan voor niet-uitvoerend bestuurders in een monistisch model, gelet op art. 2:164a/274a lid 1 BW). In de praktijk komt het voor dat het bestuur of de RvC uit één, twee of meer personen bestaat. In besloten verhoudingen, vooral binnen besloten vennootschappen, is het aantal bestuurders en commissarissen (indien al aanwezig) in de regel beperkt tot één of enkele personen, nog afgezien van eenpersoonsvennootschappen waarin de bestuurder tevens de enig aandeelhouder is. Vooral de grotere naamloze (beurs)vennootschappen laten andere cijfers zien. Ter indicatie, begin 2008 hadden volgens Kroeze de 23 toenmalige AEX-fondsen een mediaan van vier bestuurders en acht commissarissen (of niet-uitvoerende bestuurders) per vennootschap.⁹⁵ In september 2009 voerde ik dezelfde exercitie uit onder twintig Nederlandse en destijds aan NYSE-Euronext te Amsterdam genoteerde vennootschappen (*large-cap*) met een dualistisch model, eveneens leidend tot een mediaan van vier bestuurders en acht commissarissen. Die aantallen zijn dus beduidend hoger. Het gaat dan primair – zeker in 2009 – om vennootschappen die een dualistisch model hanteren. Hoe verhoudt zich dat bijvoorbeeld tot de VS, waar het monistische model juist dominant is? Bainbridge verwijst in 2008 naar cijfers waaruit blijkt dat ‘in 2006 the median number of directors at the surveyed public manufacturing companies was nine, eight of whom were outsiders’.⁹⁶ Davis verwijst in 2005 naar een onderzoek waaruit blijkt dat ‘the median number of directors for a sample of large public firms declined from 14 in 1977-1988 to 12 in 1989-1994’.⁹⁷ Uit deze inventarisatie valt af te leiden dat, uitgaande van de mediaan, in deze periode de bemanning van het bestuursorgaan in een dualistisch model ruim de helft lager is dan de bemanning van het bestuursorgaan in een monistisch model zoals gehanteerd in het VS. Als dit een betrouwbare graadmeter is voor de toekomstige invulling van het monistische model binnen Nederlandse beursvennootschappen, duidt dat erop dat het bestuursorgaan in een dualistisch model veelal uit aanzienlijk minder personen zal bestaan dan het bestuursorgaan in een monistisch model.⁹⁸ Ook hierin schuilt dan dus een niet-verwaarloosbaar verschil.

95 Kroeze 2008, p. 427 (en elders in deze bundel met vergelijkbare cijfers per 1 april 2013 en uitgaande van ‘19 AEX-fondsen’, zij het een mediaan van drie in plaats van vier bestuurders). De Bos & Lückérath-Rovers 2008, p. 20 komen, op basis van antwoorden van 405 commissarissen op de vraag uit hoeveel personen de RvC van de betreffende commissaris bestaat, in deze periode uit op *gemiddeld* 6 leden voor beursvennootschappen, 4,9 leden voor niet-beursvennootschappen en 2,8 leden voor familievennootschappen.

96 Bainbridge 2008, p. 188. Zie voor oudere cijfers Bainbridge 2002, p. 42.

97 Davis 2005, p. 1340.

98 Kroeze noteert – *bevestigend* – elders in deze bundel: ‘Op 1 april 2013 hadden de 19 AEX-fondsen met een *two tier* structuur 72 bestuurders. Dit komt neer op een gemiddelde van bijna vier bestuurders per vennoot-

Het voorgaande oogt wellicht niet heel verrassend (als de toezichhouders deel uitmaken van het bestuur, is het op zich logisch dat het bestuur in omvang uitdijt), maar is bepaald niet zonder belang. Naarmate de groep in omvang toeneemt – wat mede zal afhangen van de aard, omvang en complexiteit van de vennootschap – zal hoogstwaarschijnlijk ook de totaliteit aan kennis, ervaring, interesses en vaardigheden toenemen, maar er zullen ergens ook beperkingen intreden; de groepsdynamiek verandert. In een grotere groep worden bijvoorbeeld de communicatielijnen langer, meer mensen zullen het woord willen voeren, meer standpunten zullen ter tafel komen, meer mensen zullen langer bezig zijn hun eigen standpunt te formuleren in plaats van écht naar anderen te luisteren en andere opvattingen te evalueren. Ik wijs hier ook op het fenomeen genaamd *social loafing*. Daarmee wordt in wezen bedoeld dat mensen in groepsverband de neiging kunnen hebben minder hard te werken dan zij individueel zouden doen, naarmate hun persoonlijke bijdrage aan een gezamenlijke activiteit, zoals besluit- en beleidsvorming, minder zichtbaar/meetbaar is. Die bijdrage gaat dan toch verloren in het ‘groepsgeweld’, zo is nogal eens de gedachte, zodat er geen prikkel meer bestaat extra inspanningen te leveren om lof van de groep te verdienen of kritiek van de groep te voorkomen. Men kan het ook zo zien dat als een groep in omvang toeneemt, het persoonlijke verantwoordelijkheidsgevoel sneller afkalft en de kans op *social loafing* (‘duikgedrag’) meegroeit.⁹⁹ Het is niet eenvoudig te meten in hoeverre dit fenomeen zich voordoet in de ondernemingsrechtelijke context. Zo wordt wel aangenomen dat ‘*members of a multi-member board likely engage in a certain amount of social loafing*’, maar ook dat ‘*social loafing is greatest when people work with strangers, is reduced when people work with acquaintances, and disappears when people work in a highly valued group*’,¹⁰⁰ terwijl bij dat laatste weer kan worden aangetekend dat de in dit scenario veronderstelde verhoogde mate van onderlinge controle binnen de groep op ieders bijdrage ook weer bloot kan staan aan *social loafing*.¹⁰¹ Hoe dan ook, in relevant onderzoek wordt wel betoogd dat, waar het gaat om kwaliteit van besluitvorming, een optimale groepsbezetting rond de vijf personen beslaat.¹⁰² Dit laatste sluit aan op het eerder gememoreerde onderzoek,

schap. De mediaan is drie bestuurders per vennootschap. Het gemiddelde aantal commissarissen bij deze vennootschappen ligt tussen de zeven en acht. De mediaan is acht commissarissen per vennootschap. Bij de 6 AEX-fondsen met een *one tier* structuur zijn er gemiddeld bijna vier uitvoerende bestuurders (bij een mediaan tussen de drie en vier) en gemiddeld bijna acht niet uitvoerende bestuurders (bij een mediaan van acht).’

99 Zie o.a. Taylor e.a. 2003, p. 301.

100 Bainbridge 2008, p. 81 resp. Taylor e.a. 2003, p. 301. De laatsten merken ook op dat ‘[t]he possible consequences of group performance also make a difference. Providing rewards for high group productivity can reduce social loafing. (...) Social loafing is also less likely to occur on tasks that are meaningful, complex, or interesting. When the task is difficult or challenging, individuals are less likely to slack off.’

101 Dat wordt dan een gebed zonder eind. Zie ook Bainbridge 2008, p. 1030.

102 Haft 1981, p. 32-33 wijst erop dat ‘[t]he size of the group obviously influences its performance. The range of resources available to the group increases with group size, as does the probability that the group will contain at least one member capable of performing the task. But relatively fewer group members then participate, forming subgroups as a result. Thelen suggested the “principle of least group size”: just large enough

waaruit blijkt dat Nederlandse bestuurders (en commissarissen) vooral 'het plezier in het spel' als belangrijk onderdeel van hun functie beschouwen.¹⁰³ Het aantal van vijf komt in de buurt van voornoemde mediaan van vier bestuurders in een dualistisch model,¹⁰⁴ maar naar het zich laat aanzien niet in de buurt van de verwachte bemanning van het bestuursorgaan in een monistisch model. Aan dit laatste valt een mouw te passen door te werken met commissies (wat zich bij monistische besturen ook wel zal voordoen, vooral bij beursvennootschappen), al blijft als uitgangspunt gelden dat onderwerpen waarover door alle bestuurders dient te worden besloten niet simpelweg binnen commissies afgekaart kunnen worden. Het *social loafing*-fenomeen, voor zover zich dat manifesteert in de onderhavige context, valt tegen te gaan door in het besluitvormingsproces individuele bijdragen van de groepsleden structureel meer uit te lichten: voornoemde prikkel blijft dan aanwezig. Het werken met commissies en het uitlichten van individuele bijdragen is ook in breder verband relevant, namelijk voor de haken en ogen die aan sociale cohesie kunnen zitten. Ik hanteer hier twee invalshoeken.

De eerste invalshoek, waarmee ik begin, ziet op de *interne* verhouding tussen de groepsleden van het bestuursorgaan. Een groep met een goede sociale cohesie heeft weliswaar de potentie om in verhouding tot individuen te komen tot kwalitatief betere besluitvorming, maar staat ook bloot aan eigen *group biases*. Een eerste fenomeen in dit verband is dat groepen ná de groepsdiscussie nogal eens tot besluiten komen die uiteindelijk risicovoller zijn dan de zienswijzen van de individuele groepsleden *voorafgaand* aan de besluitvorming. Deze risico-acceleratie wordt ook wel de *risky shift* genoemd.¹⁰⁵ Omdat een conservatieve – of: risicomijdende – grondhouding van individuele groepsleden voorafgaand aan besluitvorming vaak resulteert in een nog conservatievere uitkomst, wordt in bredere zin ook wel gesproken over *group polarization*. Deze polarisering in de besluitvorming kan twee kanten uitwerken. Voorwaarde lijkt wel te zijn dat de voorkeur breed gedragen

to include individuals with all the relevant skills for problem solution. Bales reported that the optimum group size in his group decision experiments was five. Slater found five to be the optimum size when individual member "satisfaction" with the intellectual task of the group is an important criterion. Subjective satisfaction with the task is an incentive that a board should offer to attract independent directors.' Zie ook Smit 2008, p. 59 over de RvC van commissarissen van ABN Amro: 'Het is een Hollands onderonsje, maar met achttien leden is er nauwelijks een inhoudelijke discussie mogelijk. Het zo gewenste afslanken van dit toezichthoudend instituut duurt eindeloos.' Uit het relaas van Smit blijkt dat de RvC er soms 'voor spek en bonen' bijzat en door het bestuur niet als volwaardige *sparring partner* werd gezien. Op het vlak van optimale groepsomvang lijkt nader onderzoek nuttig, aldus ook Bainbridge 2002, p. 43. Zie breder over 'de configuratie van bestuursraden en de impact op ondernemingsprestaties' Engelen elders in deze bundel.

103 Kroeze 2008, p. 432-433 (en elders in deze bundel).

104 Zie ook De Bos & Lückerrath-Rovers 2008, p. 20, waarin wordt gerapporteerd over 379 commissarissen die antwoorden op de vraag welke omvang een optimale RvC voor de organisatie van de betreffende commissaris heeft en daarbij uitkomen op (naar ik aanneem: gemiddeld): 6,2 leden voor beursvennootschappen, 5 leden voor niet-beursvennootschappen en 3,8 leden voor familievennootschappen.

105 Zie o.a. Bainbridge 2002, p. 31: 'There seems to be a polarizing effect in group decisionmaking, so that post discussion consensus is more extreme than the individual pretest results.'

wordt. Zijn de opvattingen binnen de groep verdeeld, dan komt de besluitvorming ergens in het midden uit en is deze dus minder extreem. Dit wordt wel *depolarization* genoemd.¹⁰⁶ Relevanter voor deze paragraaf is het *groupthink*-concept. Daarvan is sprake indien in een groep met een zeer sterke sociale cohesie de drang naar consensus zó sterk is, dat de groepsleden per saldo de kwaliteit van de besluitvorming ondergeschikt maken aan het bereiken van die consensus, met als resultaat verhoogde kans op besluiten die – achteraf gezien – desastreus uitpakken door (i) een gebrek aan kritiek van de groepsleden op zichzelf en op anderen en (ii) te weinig kennis van de groep omtrent mogelijke alternatieven en andere relevante aspecten. De groep komt dan tot een beslissing zonder dat de groepsleden hun individuele scepsis/twijfels/kanttekeningen hebben kunnen openbaren, omdat zij (i) ieder voor zich denken de enige met die ‘mitsen en maren’ te zijn, (ii) deze weggredeneren, (iii) de groep daarmee niet willen belasten en/of (iv) andere groepsleden willen ‘sparen’, waardoor de fictie van unanieme besluitvorming ontstaat. Dit gaat vaak gepaard met conformiteitbevorderende omstandigheden, zoals: (a) een onrealistisch optimisme binnen de groep, (b) een sterke leider, die duidelijk en met verve vóór een bepaalde koers pleit, (c) afscherming door de groep van de buitenwacht (en daarmee van mogelijk kritische geluiden), (d) vrees voor sancties van andere groepsleden bij het ventileren van bezwaren en/of (e) een proces van besluitvorming waarin zeer snel een uitkomst wordt bereikt (doordat groepsleden direct aansluiten zodra duidelijk is dat een meerderheid zich aftekent), waarna de discussie slechts dient om de bereikte uitkomst te verankeren.¹⁰⁷

Dát deze omstandigheden een rol spelen in de praktijk wordt geïllustreerd door de ondergang van de beroemde Amerikaanse bank Lehman Brothers eind 2008 als gevolg van onverantwoorde kredietverlening aan particulieren, zoals vastgelegd door een voormalig *vice-president* van de bank (Lawrence McDonald). Uit zijn relaas blijkt: (a) dat de structuur van de onderneming veel weg had van een sekte: discussie over het gevoerde beleid werd niet op prijs gesteld, lastige vragen werden uitgelegd als een uiting van een negatieve instelling, elke vorm van tegenspraak werd afgestraft en wie niet loyaal was aan de gemeenschappelijke doelstelling kon ‘opkrassen’ van de *Chief Executive Officer* (Richard

106 Zie o.a. Taylor e.a. 2003, p. 316-317 die dieper ingaan op deze fenomenen.

107 Zie o.a. Haft 1981, p. 37-38, Dallas 2002, p. 1393, Taylor e.a. 2003, p. 318-319 (die ook opmerken dat het onderzoek naar dit fenomeen niet zonder kritiek is gebleven), Fink 2006, p. 466, Kroeze 2008, p. 437 (en elders in deze bundel) over een ‘gemankeerd besluitvormingsproces’ en Bainbridge 2008, p. 99: ‘The desire to maintain group cohesion trumps the exercise of critical judgment. Adverse consequences of groupthink thus include the prospect that the group will fail to examine alternatives, fail to be either self-critical or evaluative of others, and be selective in gathering information. Studies of meeting behavior, for example, conclude that people tend to prefer options that have obvious popularity. Boardroom culture encourages groupthink. Boards emphasize politeness and courtesy and the expense of oversight.’ Page 2009, p. 260-285 legt op verhelderende wijze uit waarom het vertrekpunt van redenering voor een beslisser (*the starting point*) belangrijk is in dit verband en belicht vervolgens diverse valkuilen in het besluitvormingsproces. Zie ook HBS 2009, p. 12 en LDN 2009, p. 7.

Fuld); (b) dat de onderneming in feite werd geleid door Fuld en zijn secondant (Joseph Gregory), die elkaar de hand boven het hoofd hielden en zich bewust hadden omringd met een zwakke *board of directors* vol 'ja-knikkers' zonder kennis van de bancaire wereld; en (c) dat relatieve buitenstaanders met verstand van zaken, zoals de *Chief Risk Officer* (Madelyn Antonic), door Fuld en Gregory buiten risicovolle ondernemingsactiviteiten werden gehouden.¹⁰⁸

In dergelijke situaties is het voor niet-uitvoerende bestuurders in een monistisch model denkkelijk lastiger om objectief te opereren (waaronder het toezicht houden op de uitvoerende bestuurders en waar nodig in te grijpen) dan het voor commissarissen is in een dualistisch model. De laatsten maken immers geen deel uit van het besluit- en beleidsvormingsproces binnen het bestuur als zodanig in specifieke gevallen en evenmin van de groepsprocessen binnen het bestuur in bredere zin.¹⁰⁹ Al vormt dit laatste ook weer geen absolute waarborg voor het doorsijpelen van deze effecten in een dualistisch model; te denken valt bijvoorbeeld aan gevallen waarin (i) tussen het bestuur en de RvC een hoge mate van sociale cohesie bestaat, (ii) de RvC telkens alleen gezamenlijk met het bestuur vergadert en (iii) de commissarissen tot besluitvorming komen nadat de hoofdlijnen van de te voeren discussie al zijn afgestemd door de voorzitter van het bestuur en de voorzitter van de RvC. De commissarissen lopen dan min of meer achter de feiten aan en kunnen zo gemakkelijker meegezogen worden in een *groupthink*-proces (ook daar ligt een taak voor de voorzitter van de RvC). Het is niet eenvoudig deze valkuil van sociale cohesie af te dekken, maar gedacht kan daarbij worden aan:

- voldoende diversiteit binnen de relevante groep, zowel qua samenstelling (denk aan leeftijd, specialisme, sociale achtergrond, sekse, nationaliteit)¹¹⁰ als doorstroom van leden, al (i) dient daarmee de voor een goed functioneren minimaal vereiste mate van

108 McDonald 2009, p. 36-41. Zie over Fuld ook *de Volkskrant* van 15 september 2009, p. 6 ('Probleembankier zonder vrienden'). Ik noem hier ook M.D. Eisner, de voormalig Chief Executive Officer van The Walt Disney Company die in *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 2005 WL 2056651 (Del. Ch. 2005) wordt afgeschilderd als een man 'who enthroned himself as the omnipotent and infallible monarch of his personal Magic Kingdom' die 'stacked his (and I intentionally write 'his' as opposed to 'the Company's') board of directors with friends and other acquaintances who, though not beholden to him in a legal sense, were certainly more willing to accede to his wishes and support him unconditionally than truly independent directors'. Er lijken wel veranderingen gaande in de VS, gelet op o.a. HBS 2009, p. 4.

109 Zie ook De Nijs Bik 2009, p. 172-173.

110 Zie o.a. Maharaj 2007, p. 11-14 over verschillende typen bestuurders (hij onderscheidt *Change Agents versus Controllers*, *Challengers versus Critics*, *Counsellors versus Cheerleaders* en *Consensus-Builders versus Conformists*), Boot & Cools 2007, p. 45, Kroeze 2008, p. 450-452 (en elders in deze bundel, mede – en kritisch – in het licht van art. 2:166/276 BW) en De Bos & Lückerath-Rovers 2008, p. 37, 40. Zie ook Easterbrook 2009, p. 694-695 over 'four models of the corporate board', daarbij onderscheidend (i) 'the Sarbanes-Oxley model' met veel buitenstaanders, (ii) 'a generational competition model' met 'the current managers and their underlings, who will be tomorrow's top dogs', (iii) een model dat berust op 'large bloc holders to do monitoring' en (iv) een model waarin toezicht bestaat uit 'the market in corporate control'. Zie voor een methodische benadering o.a. Trautman 2012.

samenhang tussen de groepsleden niet verloren te gaan (hier gaat het spreekwoord van ‘het kind en het badwater’ op),¹¹¹ (ii) bestaan er ook praktische obstakels (denk aan taal- en geografische barrières) en (iii) is het denkbaar dat naarmate de diversiteit toeneemt hetzelfde geldt voor de kans op *social loafing*,¹¹²

- structureel en serieus de nodige aandacht besteden aan en het uitlokken van individuele standpunten van groepsleden (waaronder eventuele scepsis/twijfels/kanttekeningen) als onderdeel van het samenstel aan sociale normen, hetgeen ook het risico van *social loafing* vermindert; en
- het ‘gezond houden’ van de discussie door (i) de discussie niet vroegtijdig door enkele personen te laten domineren of steeds door dezelfde persoon te laten leiden (maar bijvoorbeeld door een wisselende discussieleider die zijn/haar kaarten eerst tegen de borst houdt, betrokkenheid van alle groepsleden bevordert, reacties/vragen uitlokt en waakt over de vergaderorde), (ii) niet geforceerd te sturen op het bereiken van consensus, (iii) in kleinere groepen met voldoende kritische massa van gedachten te wisselen en de uitkomsten naast elkaar te leggen (dus ook buiten het reguliere commissieverband), (iv) leden wisselend ‘advocaat van de duivel’ te laten spelen, (v) continu alert te blijven op het delen van niet-collectief bekende relevante informatie, (vi) de zienswijze van deskundige derden te polsen (voor een *reality check*), (vii) de duur van de beraadslaging te verlengen, (viii) bezinningsmomenten in te lassen (bijvoorbeeld door de daadwerkelijke besluitvorming uit te stellen tot een volgende bijeenkomst), (ix) tussentijdse anonieme stemmomenten in te lassen en/of (x) de vergaderruimte zo in te richten dat groepsleden elkaar optimaal kunnen zien (denk aan gelaatsuitdrukkingen) en horen tijdens de discussie.¹¹³

Deze aandachtspunten zijn logischerwijs niet alleen relevant voor het bestuur in een monistisch model, maar – ten minste op onderdelen – ook voor het bestuur en de RvC in een dualistisch model.¹¹⁴ Er zijn overigens aanwijzingen dat naarmate groepsleden sterkere

111 Zie o.a. Fink 2006, p. 468: ‘In conclusion, the optimal solution is a combination of both diverse viewpoints, which foster meaningful debate and exploration of viable alternatives, and collegiality, which encourages compromise and a mutual commitment to reach the best result given the particular time constraint’ en Kroeze 2008, p. 434 (en elders in deze bundel) die verwijst naar de opmerking van een (voormalig) commissaris en bestuurder bij diverse (beurs)vennootschappen dat ‘vechtboards’ niet werken: ‘Je moet uiteindelijk, indien nodig na pittige discussie, consensus bereiken. Ik heb nog nooit meegemaakt dat er gestemd moet worden – dan zou er iets fout zitten.’

112 Zie o.a. Dallas 2002, p. 1383-1403 over ‘the hidden story of corporate boards’, die onder veel meer opmerkt dat ‘[t]hus, some compromise between cognitive conflict and cohesion appears necessary for effective group decision making’.

113 Zie o.a. Haft 1981, p. 35, 37-43, Bainbridge 2002, p. 45-47 en Page 2009, p. 291-292. In de VS, waar doorgaans de Chief Executive Officer ook de *chairman* van de *board of directors* is (anders dan in het VK), wordt in toenemende mate gebruikgemaakt van een *lead director*. Zie over dat oprukkende fenomeen o.a. HBS 2009, p. 12-13 en Calkoen 2011, p. 185 e.v.

114 Zie ook principe III.3 van de Corporate Governance Code.

aanwijzingen hebben dat zij verantwoording zullen moeten afleggen over de te nemen beslissing, het besluitvormingsproces evenwichtiger/zorgvuldiger trekken krijgt. Dit wordt wel *preemptive self-criticism* genoemd, een prikkel waardoor groepsleden anticiperen op dat verantwoordingselement door op meerdere en complexere wijzen de problematiek te benaderen en doordenken, daarbij diverse mogelijke bezwaren signalerend en ontkrachtend. Dit effect lijkt het sterkst te zijn wanneer (i) op voorhand duidelijk is dat verantwoording afgelegd dient te worden tegenover een buitenstaander (ii) van wie de zienswijze onbekend is, (iii) die het belang van accuraatheid onderkent, (iv) die zich sterker richt op processen dan op specifieke uitkomsten, (v) die betrekkelijk goed geïnformeerd is en (vi) die goede redenen heeft om onderzoek te doen naar de beweegredenen achter de besluitvorming in de groep.¹¹⁵ De reële mogelijkheid of zelfs zekerheid van een enquêteprocedure voor de Ondernemingskamer lijkt mij bijvoorbeeld wel aan deze voorwaarden te voldoen.

De tweede invalshoek, waarmee ik deze paragraaf afsluit, ziet op de *externe* verhouding tussen het bestuur en de AvA c.q. aandeelhouders van de vennootschap. Gelet op het voorgaande is het wel denkbaar dat in een monistisch model sneller een sterker ontwikkeld 'wij/zij'-groepsgevoel kan ontstaan bij niet-uitvoerende bestuurders (samen met de uitvoerende bestuurders) dan in een dualistisch model bij commissarissen (samen met de bestuurders). Hier kan de zogeheten *ingroup bias* de kop opsteken, waarmee in wezen wordt bedoeld dat binnen het bestuursorgaan groepsleden de neiging hebben meningsverschillen van dat orgaan met bepaalde derden – zoals aandeelhouders – op krachtige wijze uit te vergroten en de voorkeur te geven aan de eigen groep, reeds omdat zij deel uitmaken van dat orgaan en die anderen niet.¹¹⁶ De oorzaak van dit robuuste fenomeen wordt wel herleid tot de diepgewortelde menselijke neiging om, via de groep waarvan men deel uitmaakt, het zelfbeeld te vergroten.¹¹⁷

Wat betreft de *directors* die deel uitmaken van een monistisch model naar Amerikaanse snit onderstreept Velasco bijvoorbeeld, dat diverse factoren

115 Zie Davis 2005, p. 1326-1327. Dit doet een beetje denken aan de observatie van Winter 2003, p. 335, zij het in ander verband, dat bestuurders en commissarissen 'wat dat betreft als subatomaire deeltjes [zijn]: zij gedragen zich anders indien zij worden geobserveerd'.

116 Zie o.a. Velasco 2004, p. 861-862.

117 Davis 2005, p. 1317-1323 biedt een waardevolle dwarsdoorsnede van de relevante wetenschappelijke onderzoeken, waarover ook Page 2009, p. 249-253. Zie verder o.a. Cox & Munsinger 1985, p. 99-108, die erop wijzen dat '[p]rior or ongoing interaction between individuals, called interpersonal familiarity in the psychological literature, has been repeatedly demonstrated to be a source for strong biases favouring a familiar ingroup and correlatively disfavouring a threatening or unfamiliar outgroup. Ingroup bias is generated by the tendency to raise or reinforce one's own self-worth by magnifying differences between a person's ingroup and a threatening outgroup. In the small group or committee, ingroup bias is an analog of ethnocentrism among larger populations and nations. Both psychological research and real world experience support the conclusion that ingroup bias is a remarkably prevalent and robust phenomenon, one that is caused by many psychological factors including hostility, conflict, competition, importance of the group differences, and familiarity with the environment'. Zie over de context van hun analyse Assink 2007, nr. 9.h.

*'increase their attraction to, and identity with, the group. For example, the position of director is a highly desirable one. In addition, directors tend to be relatively homogeneous and share strong cultural bonds. As board members, they have a fair amount of familiarity and ongoing interaction with each other. Finally, they often find themselves in situations where there may be perceived competition with out-groups. Together, these factors strengthen the potential for ingroup bias significantly.'*¹¹⁸

Dit laatste past bij de hiervoor aangestipte kenmerken van sociale cohesie.¹¹⁹

Deze neiging blijkt lastig uit te schakelen; ook indien een functionaris zichzelf ziet als een integer en eerlijk mens die erop gericht is 'het juiste' te doen, onder meer door de menselijke capaciteit om eigen gedrag te rationaliseren (bijvoorbeeld door het 'wegredeneren' van onwenselijke aspecten) en het besluitvormingsproces zó aan te passen dat een positief zelfbeeld bewaard blijft.¹²⁰ Dit geldt in algemene zin voor de omgang van mensen met hun *biases*; die is notoir moeilijk.¹²¹ Het streven naar integer gedrag is wenselijk, en daarop gebaseerde 'gouden regels' – zoals: het zit goed als ik dit met opgeheven hoofd aan een ander kan uitleggen – kunnen nuttig zijn voor functionarissen in de praktijk¹²² (hetgeen ook geldt voor doorlopende 'bijscholing' en (zelf)evaluatie),¹²³ maar dit vormt geen sluitende waarborg tegen misstanden. Daarmee is nog niet gezegd dat commissarissen in een dualistisch model daarvan geen last kunnen hebben. Zij werken immers met bestuurders samen binnen het vennootschappelijk verband vanuit een veelal gedeelde achtergrond, met als

118 Velasco 2004, p. 862-863.

119 Kroeze 2008, p. 436 (en elders in deze bundel) sluit – voortbouwend op Kroeze 2004 – aan op de bevindingen van Cox en Munsinger, daarbij wijzend op 'een hechte groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen, waarin sprake is van onderlinge afhankelijkheid, aantrekkingskracht tussen en gelijkenis van de leden onderling en hoge motivatie om tot de groep te (blijven) behoren', op 'onderzoek waaruit blijkt dat juist het oordeel van een groepslid over eigenschappen als betrouwbaarheid, eerlijkheid en loyaliteit van medegroepsleden het meest gekleurd is door het groepslidmaatschap' en op het fenomeen dat 'een individueel groepslid prestaties van andere groepsleden of van de groep als geheel, ervaart als zijn eigen prestaties.'

120 Zie o.a. Davis 2005, p. 1324-1325 met verwijzingen, die verhaalt over 'this human ability to reach the desired outcome through a seemingly neutral reasoning process' en verduidelijkt dat 'rationalization flourishes in decision environments where the problems are complex, the objectives multi-faceted, the potential trade-offs abundant, and the consequences uncertain'.

121 Zie o.a. Haft 1981, p. 51 en Page 2009, p. 239-240 over 'a subset of "bounded rationality", sometimes termed "bounded ethicality" – an inability to perceive our own ethical limitations'.

122 Zie o.a. Veasey 1997, p. 406 die centraal stelt dat 'when the director looks in the mirror, how will he or she answer this question: will I be comfortable reading an investigative piece in the financial press or the tabloids displaying my behavior and my objectivity in carrying out my fiduciary duties as a director?'

123 Waar principe 2.1.10 van de Code Banken voorschrijft dat naast de jaarlijkse evaluatie van het eigen functioneren van de RvC dit functioneren eens in de drie jaar onder onafhankelijke begeleiding wordt geëvalueerd, waarvan deel uitmaken *de betrokkenheid van ieder lid van de RvC, de cultuur binnen de RvC en de relatie tussen de RvC en het bestuur*, bevat *best practice*-bepaling III.1.7 van de Corporate Governance Code slechts een zelfevaluatievoorschrift met betrekking tot de RvC en ontbreken de hiervoor gecursiveerde elementen.

gezaamenlijk richtsnoer het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (art. 2:129/239 lid 5 BW en art. 2:140/250 lid 2 BW),¹²⁴ wat hun eigen perceptie over de groep waartoe zij behoren kan kleuren. In ieder geval (i) staan in de praktijk commissarissen in een dualistisch model doorgaans wat meer op afstand van het bestuur dan niet-uitvoerende bestuurders in een monistisch model en (ii) maken commissarissen in een dualistisch model institutioneel categorisch deel uit van een andere groep (het orgaan de RvC). Het vertrekpunt is dus wezenlijk anders.

4 AFRONDING: TERUG NAAR HET BEGIN

De portee van deze bijdrage is, als gezegd, dat er goede argumenten bestaan om aan te nemen dat – ook – bij de beoefening van het Nederlandse ondernemingsrecht in brede zin door betrokken actoren (primair de wetgever, rechters, wetenschappers en rechtspractici) nadrukkelijker acht geslagen dient te worden op relevante inzichten uit de sociale psychologie dan tot op heden pleegt te gebeuren. Ik heb mijn betoog geïllustreerd op basis van drie thema's, die draaien rond (i) tegenstrijdig belang van bestuurders (en de rol van de wetgever), (ii) vrijtekening van ondernemende bestuurders (en de rol van de literatuur) en (iii) de keuze voor een monistisch of dualistisch bestuursmodel (en de rol van de praktijk). Deze thema's onderstrepen het belang van een opener verbinding van dat ondernemingsrecht met die inzichten; dáárin schuilt een belangrijke sleutel voor zinvolle vernieuwing in – de beoefening van – het ondernemingsrecht. Het is duidelijk: de in de (onder)titel van deze bijdrage verpakte vraag beantwoord ik bevestigend.

LITERATUUR

Ariely 2009

D. Ariely, *Predictably Irrational*, London: HarperCollins 2009.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009

C. Asser, J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *De naamloze en besloten vennootschap; vertegenwoordiging en rechtspersoon: (2-II)*, Deventer: Kluwer 2009.

¹²⁴ Zie ook Kroeze 2008, p. 428 (en elders in deze bundel) die opmerkt dat '[d]oor de betrokkenheid en interactie tussen de bestuurders en de commissarissen en de overeenkomst tussen de doelen waarnaar zij streven, zij dikwijls ook gezaamenlijk als groep te beschouwen [zijn]', wat in een monistisch model 'alleen maar sterker [zal] worden'.

Assink & Olden 2005

B.F. Assink & P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de “ernstig verwijt” maatstaf, vrijtekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005, nr. 3.

Assink 2007

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag – Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss.), IvO-reeks nr. 59, Deventer: Kluwer 2007.

Assink 2008

B.F. Assink, 'Naar een adequate tegenstrijdig belang regeling in Boek 2 BW', *WPNR* 2008, p. 737.

Assink 2009

B.F. Assink, 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: *Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1.

Assink 2010

B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht* (oratie), Deventer: Kluwer 2010.

Assink 2011

B.F. Assink, 'Samenwerking in het bestuur – Over de wisselwerking tussen bestuurlijk gedrag, inzichten uit de sociale psychologie en het ondernemingsrecht', in: *SamenWerken in het ondernemingsrecht*, IvO-reeks nr. 80, Deventer: Kluwer 2011, p. 9.

Assink e.a. 2011

B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede', in: *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, IvO-reeks nr. 76, Deventer: Kluwer 2011, p. 5.

Assink 2012

B.F. Assink, 'Schatgraven en vernieuwend ondernemingsrecht', in: *Piet Sanders: een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 107.

Assink 2013

B.F. Assink, 'Chinese' toestanden – Een nieuwe impuls voor de economische realiteit in het Nederlandse enquêterecht, *Ars Aequi* 2013, p. 466-476.

Assink & Slagter 2013

B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (verschijnt binnenkort).

Bainbridge 2002

S.M. Bainbridge, 'Why a Board? Group Decision Making in Corporate Governance', *Vanderbilt Law Review* 2002, p. 1.

Bainbridge 2008

S.M. Bainbridge, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, New York: Oxford University Press 2008.

Blair & Stout 2001

M.M. Blair & L.A. Stout, 'Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law', *University of Pennsylvania Law Review* 2001, p. 1735.

Boot & Cools 2007

A.W.A. Boot & K. Cools, 'Private equity en activistische aandeelhouders: bestuur onder vuur', in: *Private equity en aandeelhoudersactivisme – Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde*, Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde 2007, p. 15.

De Bos & Lückerath-Rovers 2008

A. de Bos & M. Lückerath-Rovers, *Nationaal Commissarissen Onderzoek 2008*, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht & Compliance 2008.

Calkoen 2011

W.J.L. Calkoen, *The One-Tier Board* (diss.), IvO-reeks nr. 85, Deventer: Kluwer 2011.

Cheffins & Black 2006

B.R. Cheffins & B.S. Black, 'Outside Director Liability Across Countries', *Texas Law Review* 2006, p. 1385.

Chialdini & Goldstein

R.B. Chialdini & N.J. Goldstein, 'Social Influence: Compliance and Conformity', *Annual Review of Psychology* 2004, p. 591.

Cools 2005

K. Cools, *Controle is goed, vertrouwen nog beter*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005.

Cox & Munsinger 1985

J.D. Cox & H.L. Munsinger, 'Bias in the Boardroom: Psychological Foundations and Legal Implications of Corporate Cohesion', *Law and Contemporary Problems* 1985, p. 83.

Dallas 1997

L.L. Dallas, 'Proposals for Reform of Corporate Boards of Directors: The Dual Board and Board Ombudsperson', *Washington & Lee Law Review* 1997, p. 91.

Dallas 2002

L.L. Dallas, 'The New Managerialism and Diversity on Corporate Boards of Directors', *Tulane Law Review* 2002, p. 1363.

Davis 2005

K.B. Davis, Jr., 'Structural Bias, Special Litigation Committees, and the Vagaries of Director Independence', *Iowa Law Review* 2005, p. 1305.

Easterbrook 2009

F.H. Easterbrook, 'The Race for the Bottom in Corporate Governance', *Virginia Law Review* 2009, p. 685.

Eisenberg 1999

M.A. Eisenberg, 'Corporate Law and Social Norms', *Columbia Law Review* 1999, p. 1253.

Eshuis e.a. 2012

R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast, H.G. van de Bunt, J.G. van Erp & N.T. Pham, *Het aansprakelijk stellen van bestuurders*, Meppel: Boom | Lemma uitgevers 2012.

Faure 2009

M.G. Faure, *The Impact of Behavioural Law and Economics on Accident Law* (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Faure 2011

M.G. Faure, 'Law and economics: belang voor het privaatrecht', *WPNR* 2011, p. 1056.

Fink 2006

R.A. Fink, 'Social Ties in the Boardroom: Changing the Definition of Director Independence to Eliminate "Rubber-Stamping" Boards', *Southern California Law Review* 2006, p. 466.

Giesen 2011

I. Giesen, 'Recht en ... psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben', *WPNR* 2011, p. 1065-1074.

De Groot 2011

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011.

Haft 1981

R.J. Haft, 'Business Decisions by the New Board: Behavioral Science and Corporate Law', *Michigan Law Review* 1981, p. 1.

Harrison 2011

J.L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, St. Paul: West Publishing Co. 2011.

HBS 2009

Harvard Business School, *White Paper – Perspectives From the Board Room*, 2009 (www.people.hbs.edu/jlorsch/BoardroomIssues.pdf).

Van der Heijden & Van der Grinten 1992

E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Hijink 2010

J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen* (diss.), IvO-reeks nr. 74, Deventer: Kluwer 2010.

Hill & McDonnell 2007

A. Hill & B. McDonnell, 'Disney, Good Faith, and Structural Bias', *Journal of Corporation Law* 2007, p. 833.

De Jong 2010

B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt* (diss.), Deventer: Kluwer 2010.

De Kluiver 2009

H.J. de Kluiver, 'Het collegialiteitsbeginsel. Van collegiale besluitvorming naar collegiaal toezicht', in: *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 253.

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss.), IvO-reeks nr. 45, Deventer: Kluwer 2004.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie), Deventer: Kluwer 2005.

Kroeze 2008

M.J. Kroeze, 'Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen', in: *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 423.

Kunda 1990

Z. Kunda, 'The Case for Motivated Reasoning', *Psychology Bulletin* 1990, p. 480.

Langevoort 1995

D.C. Langevoort, 'Ego, Human Behavior and Law', *Virginia Law Review* 1995, p. 853.

Langevoort 2001

D.C. Langevoort, 'The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability', *Georgetown Law Journal* 2001, p. 797.

Langevoort 2002

D.C. Langevoort, 'Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law', *Columbia Business Law Review* 2002, p. 71.

Langevoort 2010

D.C. Langevoort, 'The Behavioral Economics of Mergers and Acquisitions', *Georgetown Business, Economics & Regulatory Law Research Paper* (No. 10-17; SSRN 1692777), 2010.

Langman 2005

H. Langman, 'De audit-commissie', *Ondernemingsrecht* 2005, nr. 89.

LDN 2009

Lead Director Network, *The Board's Role in Risk Management*, 2009 (www.kslaw.com/library/publication/LDN_ViewPoints_4.pdf).

Leijten 2010

A.F.J.A. Leijten, 'Besluitvorming bij tegenstrijdig belang naar komend recht', in: *Willems' wegen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 257.

Maharaj 2007

R. Maharaj, 'Corporate Governance, Groupthink and Bullies in the Boardroom', *International Journal of Disclosure and Governance* 2008, p. 1.

Mäntysaari 2012

P. Mäntysaari, *Organising the Firm – Theories of Commercial Law, Corporate Governance and Corporate Law*, Berlin: Springer-Verlag 2012.

March & Simon 1993

J.G. March & H.A. Simon, *Organizations*, Cambridge (Mass.): Blackwell Publishers 1993.

March 1994

J.G. March, *A Primer on Decision Making: How Decisions Happen*, New York: The Free Press 1994.

McDonald 2009

Interview met L. McDonald, 'Ik wilde de reuzen zien huilen', *Vrij Nederland* van 12 september 2009, p. 36.

Mestmäcker 2007

E.J. Mestmäcker, *A Legal Theory Without Law*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Nieuwenhuis 2007

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007.

De Nijs Bik 2009

W.W. de Nijs Bik, 'De one-tier structuurboard', *Ondernemingsrecht* 2009, nr. 39.

Nowak & Leijten 2012

R.G.J. Nowak & A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012, nr. 92.

Orsel 2006

R.A. Orsel, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: ruimere exoneration en vrijwaring mogelijk', *WPNR* 2006, p. 34.

Page 2009

A. Page, 'Unconscious Bias and the Limits of Director Independence', *University of Illinois Law Review* 2009, p. 237.

B.F. ASSINK

Posner 2010

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York (N.Y.): Aspen Publishers 2010.

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Raaijmakers 2008

G.T.M.J. Raaijmakers, 'Beloningsprikkel voor bestuurders en commissarissen', in: *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 401.

Rechtspersonen (losbl.), art. 2:9 BW

J.B. Huizink, *Rechtspersonen (losbl.)*, Deventer: Kluwer (laatste bewerking d.d. 1 oktober 2010), commentaar bij art. 2:9 BW.

Rock 1997

E.B. Rock, 'Saints and Sinners: How Does Delaware Corporate Law Work?', *UCLA Law Review* 1997, p. 1009.

Rock & Wachter 2001

E.B. Rock & M.L. Wachter, 'Islands of Conscious Power: Laws, Norms, and the Self-Governing Corporation', *University of Pennsylvania Law Review* 2001, p. 1619.

Ross Meyer 2000

L. Ross Meyer, 'Forgiveness and Public Trust', *Fordham Urban Law Journal* 2000, p. 1515.

Van Schilfgaarde 1986

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, IvO-reeks nr. 3, Deventer: Kluwer 1986.

Van Schilfgaarde/Winter 2009

P. van Schilfgaarde & J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.

Smit 2008

J. Smit, *De prooi – Blinde trots breekt ABN Amro*, Amsterdam: Prometheus 2008.

Stout 2003

L.A. Stout, 'On the Proper Motives of Corporate Directors (Or, Why You Don't Want to Invite Homo Economicus to Join Your Board)', *Delaware Journal of Corporate Law* 2003, p. 1.

Strik 2010

D.A.M.W.H. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss.), IvO-reeks nr. 73, Deventer: Kluwer 2010.

Taylor e.a. 2003

S.E. Taylor, L.A. Peplau & D.O. Sears, *Social Psychology*, New Jersey: Pearson Education 2003.

Timmerman 2005

L. Timmerman, 'Gedragrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht (oratie)', *Ondernemingsrecht* 2005, nr. 2.

Timmerman 2009

L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht (oratie)', *Ondernemingsrecht* 2009, nr. 2.

Trautman 2012

L.J. Trautman, 'The Matrix: The Board's Responsibility for Director Selection and Recruitment', *Florida State University Business Review* 2012, p. 75-133.

Veasey 1997

E.N. Veasey, 'The Defining Tension in Corporate Governance in America', *The Business Lawyer* 1997, p. 393

Velasco 2004

J. Velasco, 'Structural Bias and the Need for Substantive Review', *Washington University Law Quarterly* 2004, p. 821.

Vranken & Van Dijck 2011

J.B.M. Vranken & G. van Dijck, "'Law and ... bewegingen": een slotbeschouwing', *WPNR* 2011, p. 1123-1127.

Winter 2003

J.W. Winter, 'In Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance', in: *LT – Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Viro Timmerman*, IvO-reeks nr. 44, Deventer: Kluwer 2003, p. 331.

Winter 2006

J.W. Winter, 'Integriteit, ondernemen, regelgeving en handhaving', in: *Corporate integrity: hoe te handhaven?* – Uitgave ter gelegenheid van het derde lustrum van de Stichting Grotius Academie, Nijmegen: Stichting Grotius Academie 2006, p. 1.

28 BESTUURSRADEN

Effectiviteit, diversiteit en impact op ondernemingsprestaties

P.J. Engelen

SAMENVATTING

Dit hoofdstuk analyseert in welke mate ondernemingen contractueel de effectiviteit van hun corporate governance kunnen sturen. Kunnen ondernemingen door hun statuten en bestuursstructuren aan te passen tot betere ondernemingsprestaties en een hogere waardering komen? Het hoofdstuk benadert deze problematiek vanuit de inzichten die de (bedrijfs)economische theoretische en empirische literatuur de afgelopen 25 jaar heeft opgeleverd. Deze bijdrage heeft hier ook expliciet aandacht voor het institutionele kader waarin een onderneming functioneert en kijkt of een onderneming haar corporate governance kan optimaliseren ten opzichte van het niveau van de jurisdictie waarin zij opereert. Dit hoofdstuk gaat dus na of ondernemingen zich contractueel kunnen committeren tot een beter corporate governance regime dan de minimumnorm opgelegd door de wetgever. Deze bijdrage focust hierbij op de configuratie van bestuursraden en de impact op ondernemingsprestaties.

1 INLEIDING

De recente financiële crisis heeft het belang van adequate *corporate governance* voor (beursgenoteerde) ondernemingen opnieuw scherp gesteld. Sommige auteurs argumenteren dat raden van bestuur niet effectief waren om het management te controleren en te evalueren welke risico's managers namen (vooral in de financiële sector).¹ Anderen wijzen op institutionele tekortkomingen in risicomanagement, kredietbeoordelingen en gebrekkige accountingstandaarden die niet effectief bleken in het opsporen en blootleggen van onderliggende structurele problemen.² Hierbij rijst de vraag welke *corporate governance*-kenmerken maken dat bepaalde ondernemingen beter presteren dan anderen. In deze bijdrage gaan we na welke kenmerken de raad van bestuur en de raad van commissarissen moeten bezitten opdat de onderneming tot betere bedrijfsprestaties kan komen. Hoe maakbaar is effectief vennootschapsbestuur? Het hoofdstuk gaat tevens na met welke *corporate gover-*

1 Muller-Kahle & Lewellyn 2011.

2 Conyon, Judge & Useem 2011.

nance-configuratie ondernemingen beter bestand zijn tegen de storm van een financiële crisis.³ Deze bijdrage benadert deze problematiek in eerste instantie vanuit de inzichten die de (bedrijfs)economische theoretische en empirische literatuur de afgelopen 25 jaar heeft opgeleverd.

Hierbij gebruiken we voornamelijk een *agency*-perspectief, aangezien dit het dominante model is binnen deze literatuur.⁴ Dit perspectief vertrekt vanuit de scheiding van eigendom en bestuur van een vennootschap, wat ervoor zorgt dat de doelstellingen van het management (agenten) en de aandeelhouders (principalen) uit elkaar lopen (*agency*-probleem).⁵ Een adequaat *corporate governance*-model moet er dan voor zorgen dat dergelijke *agency*-problemen vermeden worden en de belangen van de agent en de principaal terug op een lijn komen te staan.⁶ Een adequaat *corporate governance*-model zal er dus in slagen om deze *agency*-problemen terug te dringen, wat zich uiteindelijk zal vertalen in een betere bedrijfsprestatie, omdat alle neuzen dan in dezelfde richting wijzen met het oog op de creatie van aandeelhouderswaarde.

Een raad van bestuur is dan een instrument om het gedrag van bestuurders bij te stellen teneinde *agency*-problemen te beperken. De literatuur op het gebied van bestuursorganen onderscheidt drie stromingen die gedrag van bestuurders analyseren.⁷ Naast het *agency*-perspectief dat voornamelijk in de economische en bedrijfsfinanciële literatuur aan bod komt, zoomt een deel van de management- en sociologische literatuur in op de kritieke middelen, relaties en netwerken van bestuurders.⁸ Deze zogenaamde *resource dependency*-theorie komt in deze bijdrage eveneens aan bod. Tot slot focust de sociale psychologie op de processen binnen en buiten vennootschapsorganen. Elders in dit boek onderzoekt Kroeze hoe groepsprocessen de besluitvorming in vennootschappen kunnen beïnvloeden. Het is evident dat er andere interne mechanismen zijn dan vennootschapsorganen om het gedrag van bestuurders te sturen, zoals het gebruik van beloningsprikkelers⁹ of externe mechanismen zoals de overnamemarkt.¹⁰ Dergelijke instrumenten komen in deze bijdrage niet aan bod.

Paragraaf 2 schetst het vennootschapsbestuur in Nederland en plaatst dit in een internationale context. Paragraaf 3 gaat na of er een optimale configuratie van raden van bestuur

3 Van Essen, Engelen & Carney 2013.

4 Shleifer & Vishny 1997; Daily, Dalton & Cannella 2003.

5 Fama & Jensen 1983.

6 Jensen & Meckling 1976.

7 Van Ees & van der Laan 2012.

8 Daily, Dalton & Cannella 2003.

9 Raaijmakers 2008.

10 Walsh & Seward 1990.

en raden van commissarissen bestaat. Deze paragraaf bespreekt de optimale grootte van vennootschapsorganen, het aantal onafhankelijke bestuurders, de leiderschapsstructuur, de diversiteit van vennootschapsorganen en de aanwezigheid van gespecialiseerde comités. Paragraaf 4 laat zien hoe omgevingsfactoren waarbinnen ondernemingen opereren de keuze van *corporate governance*-modellen kan beïnvloeden. Tot slot concludeert paragraaf 5.

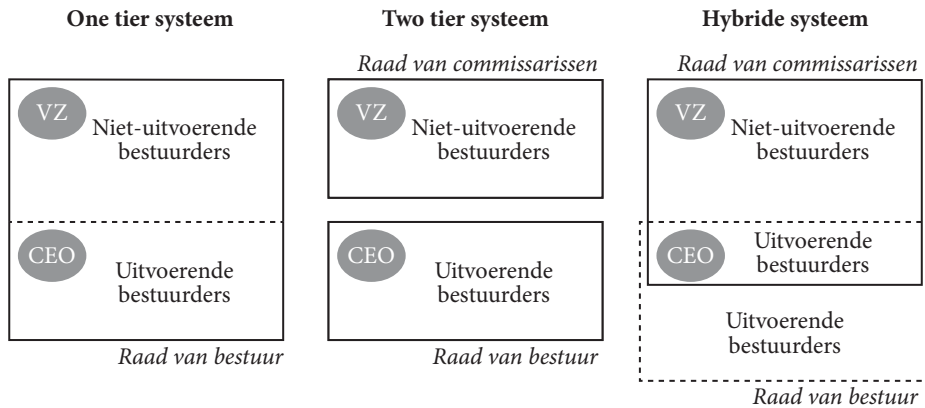
2 VENNOOTSCHAPSBESTUUR IN NEDERLAND

Het Nederlands vennootschapsrecht voorziet in een raad van bestuur belast met het besturen van de vennootschap (art. 2:129 BW) en de vertegenwoordiging van de vennootschap (art. 2:130 BW).¹¹ Dit betekent dat de raad van bestuur de dagelijkse leiding van de vennootschap op zich neemt en bevoegd is om haar te binden tegenover derden. Daarnaast heeft een naamloze vennootschap ook nog een raad van commissarissen (art. 2:140 BW). De wetgever voorziet hier in een dubbele taak. Enerzijds houdt de raad van commissarissen toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap. Anderzijds staat de raad van commissarissen het bestuur met raad ter zijde (art. 2:140 lid 2 BW). Terugkoppelend naar de drie literatuurstromingen inzake bestuursorganen, valt de eerste taak van toezicht binnen het *agency*-model, terwijl de tweede taak aansluit bij het *resource dependency*-perspectief. Deze laatste theorie benadrukt immers de adviesfunctie en de input van kritieke middelen, relaties en netwerken.

In tegenstelling tot bijvoorbeeld de Verenigde Staten of het Verenigd Koninkrijk kent Nederland dus een *two-tierboard*. In een dergelijk systeem zetelen de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders dus in twee aparte en onafhankelijke organen. In Nederland betekent dit dat de uitvoerende bestuurders zetelen in de raad van bestuur en de niet-uitvoerende bestuurders in de raad van commissarissen (zie figuur 1). De CEO of *Chief Executive Officer* staat aan het hoofd van de uitvoerende bestuurders, terwijl de Voorzitter of *Chairman* aan het hoofd staat van de niet-uitvoerende bestuurders. Terwijl beide functies dus automatisch gesplitst zijn in een *two-tier*-systeem, kunnen ze in een *one-tier*-systeem soms samenvallen. Dit laatste wordt in de literatuur vaak aangeduid met de term *CEO duality*, omdat de CEO dan een dubbele of duale rol vervult.

11 De bijdrage beperkt zich tot de naamloze vennootschap.

Figuur 28.1 Overzicht van diverse systemen van bestuur en toezicht in vennootschappen



In een *one-tier*-systeem zetelen beide types bestuurders in eenzelfde orgaan, terwijl in een hybride systeem er een overlap is tussen raad van commissarissen en raad van bestuur (zie figuur 1).¹² Vermeende voordelen van een *two-tier*-systeem zijn de duidelijke rolverdeling van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, een grotere garantie voor de onafhankelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurders en de splitsing tussen de taken van de CEO en de Voorzitter. Terwijl dit op papier misschien een sterk model lijkt, wijst empirisch onderzoek uit dat de realiteit anders is en vele van de vermeende voordelen in de praktijk niet overeind blijven (zie par. 3.3).¹³ *One-tier*-systemen kennen vaak ook een scheiding van CEO en Voorzitter, hebben een meerderheid van niet-uitvoerende bestuurders of gespecialiseerde comités (met een meerderheid van niet-uitvoerende bestuurders) en kennen vaak een directiecomité onder de raad van bestuur, zodat het onderscheid tussen beide systemen vervaagt.¹⁴ De vergaderfrequentie van raden van bestuur (meestal per kwartaal) laat ook zien dat het dagelijkse vennootschapsbestuur in *one-tier*-systemen in de praktijk bij het directiecomité ligt.¹⁵ Hooghiemstra en Van Manen besluiten aldus dat *'it is not surprising that the functions of executive and non-executive directors are largely the same in The Netherlands and the Anglo-Saxon countries.'*¹⁶

¹² Daarnaast bestaan er ook hybride systemen, zie bijvoorbeeld Rose 2005.

¹³ Maassen & Van den Bosch 1999.

¹⁴ Hooghiemstra & Van Manen 2004.

¹⁵ Laveren e.a. 2002.

¹⁶ Hooghiemstra & Van Manen 2004, p. 316.

Uit een recente studie blijkt dat een raad van commissarissen in Nederland gemiddeld uit vijf personen bestaat.¹⁷ Tabel 28.1 geeft een overzicht van de omvang van de raden van commissarissen in de steekproef, uitgesplitst naar index. Ondernemingen in de AEX- en AMX-beursindices hebben gemiddeld een grotere raad van commissarissen, respectievelijk acht en vijf personen, in vergelijking met de AscX-beursindex en de lokale fondsen, beide ongeveer vier leden. Jaarlijks wordt tussen de 10 en de 20 procent van de commissarissen herbenoemd en een even groot aantal posities wordt opgevuld door nieuwe benoemingen. Deze studie laat zien dat 84 procent van de bestuurders dezelfde zijn als het voorgaande jaar.

Tabel 28.1. De omvang van de raden van commissarissen in Nederland

	AEX	AMX	AScX	Lokaal	Totaal
Aantal fondsen	21	23	20	35	99
Gemiddelde omvang	7,86	5,43	4,15	3,83	5,12
Standaarddeviatie	2,50	1,78	1,04	1,15	2,25
1-3 leden	0	2	5	15	22
4-6 leden	6	16	14	19	55
7-9 leden	12	4	1	1	18
10 of meer leden	3	1	0	0	4

Bron: Engelen, Van den Berg & Van der Laan 201

Tabel 28.2 laat toe om Nederlandse beursgenoteerde bedrijven te situeren ten opzichte van een steekproef van 1097 beursgenoteerde bedrijven uit 25 Europese landen.¹⁸ Deze tabel laat zien dat er duidelijk verschillen zijn in de *corporate governance*-configuratie van Europese bedrijven. Terwijl de gemiddelde grootte van vennootschapsorganen in Europa 11 leden bedraagt, ligt dit aantal lager in bijvoorbeeld Lithouwen (5 leden) en Estland (7 leden), terwijl het aantal hoger ligt in Duitsland (14 leden), Portugal (14 leden) of Hongarije (14 leden). Finse, Zwitserse en Britse hebben de meeste onafhankelijke vennootschapsraden, terwijl Estse, Duitse, Poolse en Letse ondernemingen het laagste onafhankelijkheidsniveau hebben. De functies van CEO en Voorzitter vallen het meest samen in Tsjechische en Franse bedrijven en het minst in Deense, Zweedse en Britse bedrijven. De aanwezigheid van functionele comités, zoals een auditcomité, een verloningscomité, een selectiecomité of een risicomanagementcomité, varieert ook sterk in Europa.¹⁹ Ze zijn zo goed als

¹⁷ Engelen, Van den Berg & Van der Laan 2010.

¹⁸ Van Essen, Engelen & Carney 2013.

¹⁹ Zie par. 3.5 voor een overzicht van de werking van de functionele comités.

onbestaand in ondernemingen uit de Baltische staten, Denemarken en Polen, terwijl ondernemingen uit het Verenigd Koninkrijk, Zwitserland en België de meeste comités bezitten.

Tabel 28.2 Kenmerken van vennootschapsorganen van Europese beursgenoteerde bedrijven

Land (# obser- vaties)	Groot- te	Niet-uit- voerend	Onaf- hanke- lijk	Leider	# Comi- tés	Audit	Verlo- ning	Selectie	Risico
Austria (20)	13.47	0.71	0.49	0.06	1.79	0.71	0.78	0.65	0.58
Belgium (20)	10.11	0.80	0.41	0.06	2.59	0.59	0.58	0.53	0.00
Cyprus (10)	8.63	0.69	0.39	0.11	3.00	0.76	0.07	0.37	0.51
Czech Republic (10)	13.00	0.66	0.16	1.00	2.42	0.00	0.00	0.00	0.00
Denmark (20)	10.37	0.21	0.23	0.00	0.56	0.60	0.39	0.31	0.00
Estonia (11)	7.00	0.43	0.00	0.00	0.00				
Finland (25)	9.94	0.77	0.59	0.00	1.78	0.85	0.77	0.76	1.00
France (120)	11.49	0.78	0.32	0.55	2.33	0.53	0.50	0.53	0.28
Germany (200)	14.35	0.68	0.06	0.06	1.00	0.12	0.30	0.20	0.09
Greece (20)	10.60	0.64	0.27	0.04	1.50	0.66	0.57	0.56	0.00
Hungary (10)	14.00	0.56	0.27	0.00	1.67	0.00	0.00	0.00	0.00
Ireland (63)	9.73	0.65	0.52	0.11	2.73	0.87	0.83	0.81	0.28
Italy (69)	12.25	0.77	0.44	0.14	1.60	0.89	0.69	0.53	0.00
Latvia (7)	11.00	0.60	0.13	0.00	0.00				
Lithuania (16)	5.33	0.59	0.25	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Luxembourg (11)	11.62	0.81	0.35	0.21	2.46	0.76	0.86	0.67	0.00
Netherlands (45)	9.02	0.64	0.52	0.06	2.17	0.84	0.78	0.81	0.73
Norway (25)	8.85	0.91	0.37	0.00	1.65	0.54	0.64	0.80	0.00
Poland (30)	13.75	0.60	0.11	0.00	0.60	0.50	0.00	0.00	0.50
Portugal (20)	14.13	0.55	0.26	0.38	1.73	0.66	0.31	0.60	0.69
Slovenia (10)	11.00	0.75	0.00	0.00	1.00	0.33	0.00	0.00	0.00
Spain (35)	13.36	0.81	0.40	0.21	2.91	0.53	0.48	0.58	0.49
Sweden (30)	9.97	0.91	0.47	0.01	2.27	0.70	0.62	0.16	0.42

Land (# obser- vaties)	Groot- te	Niet-uit- voerend	Onaf- hanke- lijk	Leider	# Comi- tés	Audit	Verlo- ning	Selectie	Risico
Switzerland (20)	10.24	0.94	0.57	0.19	2.79	0.74	0.75	0.58	0.71
United King- dom (250)	10.21	0.65	0.54	0.01	2.96	0.97	0.90	0.76	0.86

Legenda: *Grootte*: Grootte van raad van bestuur/commissarissen. *Niet-uitvoerend*: fractie niet-uitvoerende bestuurders. *Onafhankelijk*: fractie onafhankelijke bestuurders. *Leider*: Splitsing CEO-Voorzitterfuncties. *# Comités*: aantal gespecialiseerde comités. *Audit*: fractie onafhankelijke bestuurders in auditcomité. *Verloning*: fractie onafhankelijke bestuurders in verloningscomité. *Selectie*: fractie onafhankelijke bestuurders in selectiecomité. *Risico*: fractie onafhankelijke bestuurders in risicomanagementcomité. Data handverzameld uit jaarverslagen van 1097 Europese beursgenoteerde bedrijven uit 25 landen per einde 2006.

Bron: Van Essen, Engelen & Carney 2013.

3 DE OPTIMALE CONFIGURATIE VAN HET VENNOOTSCHAPSBESTUUR

3.1 Algemeen

Deze paragraaf onderzoekt welke configuratie van de raad van bestuur of de raad van commissarissen tot betere ondernemingsprestaties leidt. We gebruiken hier vennootschapsbestuur als een generieke term die zowel verwijst naar de raad van bestuur in *one-tier*- als naar de raad van commissarissen in *two-tier*-systemen. Het vennootschapsbestuur is immers vanuit een *agency*-perspectief het belangrijkste instrument om tot een beter bestuur van een vennootschap te komen. Weisbach beschrijft een *board* zelfs als ‘*the shareholders’ first line of defense against incompetent management*.²⁰ Achtereenvolgens bespreken we de impact van de grootte van het bestuur (par. 3.2), van de leiderschapsstructuur (par. 3.3), van de hoeveelheid onafhankelijke bestuurders (par. 3.4), van de aanwezigheid van functionele comités (par. 3.5) en van de diversiteit in het vennootschapsbestuur op ondernemingsprestaties (par. 3.6).

3.2 Optimale grootte

Te veel koks bederven de brij. Dat is een beetje de redenering achter het idee dat kleinere raden van bestuur leiden tot betere ondernemingsprestaties. Vanuit een klassiek

20 Weisbach 1988, p. 431. Soms zetelt een deel van het management (bijv. de CEO, de CFO of *Chief Financial Officer* of enkele andere uitvoerende bestuurders) ook in de raad van bestuur, bijvoorbeeld in een *one-tier*-systeem. Daarom legt de *agency*-theorie veel nadruk op de aanwezigheid van onafhankelijke bestuurders in een *one-tier*-systeem, opdat de raad van bestuur als vennootschapsorgaan toch effectief toezicht zou kunnen uitoefenen op het management. Anders vreest het *agency*-model dat de uitvoerende bestuurders zichzelf controleren. In een *two-tier*-systeem zit niemand van het management in de raad van commissarissen.

agency-perspectief kan men inderdaad verwachten dat bestuurders in een kleinere raad elk hun verantwoordelijkheid nemen, terwijl er in een grotere raad van bestuur gemakkelijker vrijbuitersproblemen opduiken. In dat laatste geval neemt geen enkele bestuurder nog zijn verantwoordelijkheid, omdat elk ervan uitgaat dat de andere bestuurders dat wel zullen doen. Uiteindelijk leidt dit tot een slechter bestuur. De gevestigde wijsheid klinkt dan ook dat ‘*when boards get beyond seven or eight people, they are less likely to function effectively and are easier for the CEO to control.*’²¹ De meest geciteerde empirische studie ter ondersteuning van dit verhaal is Yermack, die inderdaad laat zien dat kleinere raden van bestuur leiden tot een hogere rendabiliteit van het totaal der activa, een hogere rendabiliteit van de omzet en een hogere ondernemingswaarde.²² Andere aangehaalde empirische studies laten eenzelfde beeld zien.²³ In de praktijk heerst daarom vaak de consensus dat kleinere raden van bestuur hun toezichtfunctie beter uitoefenen en dus tot betere ondernemingsprestaties leiden.²⁴

Het loutere feit dat er systematisch ondernemingen blijven bestaan met een grote raad van bestuur laat vermoeden dat het *agency*-verhaal niet altijd opgaat.²⁵ Vanuit een *resource dependency*-perspectief zou een grote raad van bestuur immers nog niet zo gek zijn (zie par. 1). Een grotere raad heeft immers een wijder netwerk van kritische middelen die de onderneming in staat stelt om succesvoller te zijn. Zo laat de metastudie van Dalton, Daily en Ellstrand een kleine positieve relatie zien tussen de grootte van de raad en ondernemingsprestaties.²⁶ Van Essen, Engelen en Carney vinden geen relatie tussen de grootte van de raad van bestuur en ondernemingsprestaties in normale tijden, maar een positieve relatie in crisistijden.²⁷ Grotere ondernemingen blijken ook over een grotere raad van bestuur te beschikken dan kleinere ondernemingen.²⁸ Naarmate de werkdruk van bestuurders is toegenomen over de afgelopen jaren, onder meer door het stijgend gebruik van functionele comités (zoals het auditcomité of het benoemingscomité) of door wetgeving zoals Sarbanes-Oxley in de VS, mag verwacht worden dat raden van bestuur groter worden om alle taken effectief te kunnen afdekken.²⁹ De realiteit is dus complexer dan de gevestigde *best practice*-opinie dat kleine raden effectiever zijn. Het is daarom goed dat de Nederlandse wetgever niet stringent ingrijpt door regels op te leggen inzake de grootte van raden van commissarissen.

21 Jensen 1993, p. 865. Merk volledigheidshalve op dat dit citaat komt uit een *one-tier*-systeem waar uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders samen zetelen.

22 Yermack 1996.

23 Huther 1996; Eisenberg, Sundgren & Wells 1998.

24 Hermalin & Weisbach 2003.

25 Ibid.

26 Dalton, Daily & Ellstrand 1999.

27 Van Essen, Engelen & Carney 2013.

28 Johnson, Hoskisson & Hitt 1993.

29 Adams, Hermalin & Weisbach 2010.

rissen. De optimale grootte hangt immers af van de omgevingskenmerken waarbinnen een onderneming moet opereren (zie par. 4).

3.3 *Leiderschapsstructuur*

Een tweede kenmerk van ‘goed’ vennootschapsbestuur is de scheiding van de functies van CEO (hoofd van de uitvoerende bestuurders) en Voorzitter (hoofd van de niet-uitvoerende bestuurders). Deze laatste functie is in de Nederlandse context dus de Voorzitter van de Raad van Commissarissen. Algemeen wordt aangenomen dat dergelijke scheiding een *best practice corporate governance*-configuratie is.³⁰ Vanuit een *agency*-perspectief is het inderdaad logisch dat machtsconcentratie in een figuur leidt tot minder toezicht. Als de CEO tevens Voorzitter is, kan hij immers gemakkelijker de agenda en de inhoud van de bestuursvergaderingen beïnvloeden. Omdat andere bestuursleden voor hun informatie ook van de CEO-Voorzitter afhankelijk zijn, kan machtsconcentratie leiden tot gefilterde of gekleurde informatie, wat niet bijdraagt tot een effectief toezicht op de CEO-Voorzitter. Bovendien kan de CEO-Voorzitter ook de nominatie van nieuwe, hem gunstige, bestuurders sturen, zodat het toezicht in de toekomst nog minder effectief zal worden.³¹ Eenvoudig gesteld gaat de *agency*-theorie er dus van uit dat men niet tegelijk boswachter en stroper kan zijn. Empirische studies laten zien dat bij dergelijke machtsconcentratie de CEO inderdaad meer grip op zijn bedrijf heeft.³²

Empirische steun voor een negatieve impact van geconcentreerd vennootschapsbestuur op de ondernemingsprestatie is dan weer minder overtuigend. Hoewel Rechner en Dalton een negatief verband laten zien,³³ tonen de meeste andere studies aan dat er geen verband is tussen een geconcentreerde of gescheiden leiderschapsstructuur en ondernemingsprestaties.³⁴ Een metastudie van Dalton, Daily, Ellstrand en Johnson onderzocht 159 steekproeven uit 54 empirische studies en laat evenmin een verband zien tussen de leiderschapsstructuur en ondernemingsprestaties.³⁵

Ander onderzoek laat echter zien dat geconcentreerd vennootschapsbestuur niet de optimale keuze is voor alle bedrijven in alle omstandigheden. Zo vinden Van Essen, Engelen en Carney geen relatie tussen geconcentreerd leiderschap en ondernemingsprestatie in normale

30 Daily, Dalton & Cannella 2003.

31 Finkelstein & D’Aveni 1994.

32 Adams, Almeida & Ferreira 2005; Goyal & Park 2002.

33 Rechner & Dalton 1991.

34 Brickely, Coles & Jarrell 1997; Adams, Almeida & Ferreira 2005; Chaganti, Mahajan & Sharma 1985; Daily & Dalton 1992.

35 Dalton e.a. 1998.

tijden, maar een positieve relatie in crisistijden.³⁶ In crisistijden is het belangrijk dat er een kapitein aan het roer staat die snel kan inspelen op externe bedreigingen. Wanneer de functie van CEO en Voorzitter samenvallen, is dit het geval en is het voor iedereen duidelijk wie de onderneming door de storm stuurt: *'The consolidation of the two most senior management positions established a unity of command at the top of the firm, with unambiguous leadership clarifying decision-making authority and sending reassuring signals to stakeholders.'*³⁷ Finkelstein en D'Aveni stellen vast dat geconcentreerd of gescheiden leiderschapsstructuur positief of negatief kan uitpakken naargelang de context waarbinnen de onderneming opereert. Zij vinden dat een gescheiden leiderschapsstructuur een betere keuze is als de CEO veel informele macht heeft en de onderneming goed presteert; in het omgekeerde geval is een geconcentreerde leiderschapsstructuur meer aangewezen.³⁸ Beide studies tonen aan dat een uniforme regeling geen optimale *corporate governance*-configuratie is, omdat de keuze voor een concentratie of splitsing van de functies van CEO en Voorzitter contextafhankelijk is.

Met het instellen van een *two-tier*-structuur is de wetgever ervan uitgegaan dat Boek 2 BW een goede garantie biedt op adequate *corporate governance*. De wetgever heeft geoordeeld dat het instellen van een structuursysteem met een aparte, onafhankelijke raad van commissarissen en een scheiding tussen CEO en Voorzitter voldoende was voor goed bestuur. Hiermee sluit de wetgever dus aan bij de gangbare internationale *best practice corporate governance*-configuratie om de functies van CEO en Voorzitter te splitsen. Indien de optimale keuze voor de leiderschapsstructuur evenwel contextafhankelijk is, dan dwingt de wetgever vennootschappen in een keurslijf dat niet op elk moment de beste keuze zal zijn. In die zin valt de keuze van de wetgever voor een *two-tier*-vennootschapsbestuur waarbij de functies van CEO en Voorzitter gesplitst zijn dus te betreuren. Bovendien laten empirische studies zien dat vraagtekens geplaatst kunnen worden bij het structuurmodel, omdat het vaak een formele, papieren constructie is die niet beantwoordt aan de echte vennootschapspraktijk.³⁹ Zo vergaderen in de praktijk vaak uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders samen. De introductie van een *Corporate Governance Code* en het instellen van een Monitoring Commissie Corporate Governance laten zien dat Boek 2 BW op zichzelf onvoldoende is om goed bestuur te waarborgen.

³⁶ Van Essen, Engelen & Carney 2013.

³⁷ Finkelstein & D'Aveni 1994, p. 1080.

³⁸ Ibid.

³⁹ Maassen & Van den Bosch 1999.

3.4 *Hoeveelheid onafhankelijke bestuurders*

Een andere gevestigde wijsheid, opnieuw gefundeerd in *agency*-theorie, stelt dat *best practice* ondernemingsbestuur vereist dat de meerderheid van de leden van een raad van bestuur bestaat uit onafhankelijke bestuurders.⁴⁰ Aangezien het *agency*-perspectief veronderstelt dat de belangrijkste taak van de raad van bestuur het toezicht op het management omvat, in het bijzonder het aantrekken, evalueren, verlonen en ontslaan van de CEO, is een onafhankelijke raad van bestuur de beste garantie voor het effectief verzorgen van deze taak.⁴¹ In de literatuur vinden we diverse onderverdelingen van bestuurders. Onafhankelijke bestuurders maken zeker geen deel uit van het management, zijn geen personeelslid van de vennootschap en zijn dit ook niet geweest in het verleden. Dergelijke bestuurders worden geacht niet voldoende onafhankelijk te zijn.⁴² Maar een meerderheid van niet-uitvoerende (*non-executive*) bestuurders is niet voldoende. Binnen deze categorie zijn er nog bestuurders met een sterke (zaken)relatie met het bedrijf, de CEO of andere directieleden. Deze categorie van verbonden (*affiliated*) of grijze (*gray*) bestuurders omvat bijvoorbeeld familieleden of vrienden van de CEO of advocaten, bankiers en andere zakenrelaties van de CEO, van andere uitvoerende bestuurders of van de onderneming.

Een mooi voorbeeld van hoe het niet moet, was de raad van bestuur van Disney in de jaren negentig. Hoewel de onderneming claimde dat dertien van de zestien bestuurders onafhankelijk waren, zetelden onder andere in de raad van bestuur het schoolhoofd van de school van de CEO's kinderen, een consultant die op de loonlijst van Disney stond, een beleggingsadviseur die het vermogen van de Disney-familie beheerde, de rector van een universiteit die een aanzienlijke donatie van de CEO ontvangen had, de persoonlijke advocaat van de CEO en een architect die vele Disney-projecten op zijn tekentafel kreeg.⁴³ Uiteraard zijn dergelijke bestuurders geen garantie voor een goed toezicht op het management, wegens hun zakelijke en persoonlijke relaties met de CEO en het bedrijf.

Onafhankelijke bestuurders worden verondersteld betere toezichthouders te zijn, omdat ze niet gegijzeld zijn door hun zakelijke of persoonlijke connecties met directieleden, omdat ze hun goede reputatie willen beschermen, omdat ze meer gefocust zijn op financiële ondernemingsprestaties en omdat ze sneller geneigd zijn een niet functionerende CEO de laan uit te sturen.⁴⁴ Vooral dat laatste wordt empirisch ondersteund.⁴⁵ De relatie tussen meer onafhankelijke bestuurders en betere ondernemingsprestaties is echter onduidelijk.

40 Ibidem; Kim & Nofsinger 2007.

41 Jensen & Meckling 1976.

42 Adams, Hermalin & Weisbach 2010.

43 Kim & Nofsinger 2007.

44 Finkelstein & D'Aveni 1994.

45 Weisbach 1988; Borokhovich, Rarrino & Trapani 1996.

In de literatuur vinden we zowel studies die een positief,⁴⁶ een negatief⁴⁷ of geen⁴⁸ verband aantonen. De in paragraaf 3.3 aangehaalde metastudie van Dalton, Daily, Ellstrand en Johnson laat evenwel geen verband zien tussen de samenstelling van de raad van bestuur en ondernemingsprestaties.⁴⁹ Het kan ook zijn dat een onafhankelijke raad van bestuur geen determinerende factor is in het dagelijkse bestuur van een bedrijf. Hierdoor is het mogelijk dat we niet meteen een impact op ondernemingsprestaties zien, maar dat een onafhankelijke raad wel van belang is in bepaalde kritieke omstandigheden of bij belangrijke strategische beslissingen.⁵⁰ In een recente studie over 1200 Europese bedrijven vinden van Essen, Engelen en Carney evenwel geen relatie tussen onafhankelijke raden van bestuur en ondernemingsprestaties, noch in reguliere tijden, noch in crisistijden.⁵¹ Alhoewel dus algemeen wordt aangenomen dat onafhankelijke raden van bestuur bijdragen tot betere ondernemingsprestaties, wordt dit empirisch niet bevestigd: *'Extant empirical research, however, provides virtually no support for this belief.'*⁵²

3.5 Gespecialiseerde comités

In de *agency/corporate governance*-literatuur zijn er ook voorstanders van het gebruik van gespecialiseerde comités binnen de raad van bestuur of de raad van commissarissen, omdat dit een beter toezicht mogelijk zou maken. Dergelijke comités omvatten onder meer een auditcomité, een verloningscomité, een benoemingscomité, een strategiecomité en een risicocomité. Omdat dergelijke comités gespecialiseerde expertise van bepaalde leden van de raad bundelen, verwachten de voorstanders dat dit een effectiever toezicht mogelijk maakt.⁵³ Dit zal zeker het geval zijn als een meerderheid van de comitéleden onafhankelijk is.⁵⁴

De Nederlandse Corporate Governance Code zet ook sterk in op dergelijke comités. Iedere raad van commissarissen met meer dan vier leden moet voorzien in een auditcommissie, een remuneratiecommissie⁵⁵ en een selectie- en benoemingscommissie.⁵⁶ De auditcommissie focust onder meer op de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen,

46 Ezzamel & Watson 1993; Baysinger & Butler 1985.

47 Kesner 1987.

48 Hermalin & Weisbach 1991; Bhagat & Black 1999; Chaganti, Mahajan & Sharma 1985; Daily & Dalton 1992.

49 Dalton, Daily, Ellstrand & Johnson 1998.

50 Hermalin & Weisbach 2003.

51 Van Essen, Engelen & Carney 2013.

52 Daily, Dalton & Cannella 2003.

53 Yeh, Chung & Liu 2011.

54 John & Senbet 1998.

55 Zie art. III.5.10 Nederlandse Corporate Governance Code.

56 Zie art. III.5.14 Nederlandse Corporate Governance Code.

op de financiële informatieverstopping door de vennootschap en op de naleving van aanbevelingen en opvolging van opmerkingen van in- en externe accountants.⁵⁷ De auditcommissie is het eerste aanspreekpunt van de externe accountant wanneer deze onregelmatigheden constateert in de inhoud van financiële berichten.⁵⁸ Om zijn effectiviteit te bevorderen, mag het voorzitterschap van de auditcommissie niet vervuld worden door de voorzitter van de raad van commissarissen, noch door een voormalig bestuurder van de vennootschap.⁵⁹

Het gebruik van dergelijke comités laat opnieuw geen duidelijke impact op de ondernemingsprestaties zien. Zo laten Bruno en Claessens zien dat de aanwezigheid en onafhankelijkheid van vier functionele comités (audit-, nominatie-, verloning- en governance-comités) een positieve impact heeft op de ondernemingswaarde in reguliere tijden, terwijl Yeh en collega's een soortgelijk effect vinden voor het audit- en risicocomité van financiële instellingen in crisistijden, maar geen effect voor nominatie- en verloningscomités.⁶⁰ Van Essen, Engelen en Carney testen de impact van onafhankelijke functionele comités voor Europese beursgenoteerde bedrijven in reguliere en crisistijden. Ze vinden nauwelijks impact in reguliere tijden en een negatieve impact tijdens crisistijden.⁶¹ Duidelijke empirische steun voor een *best practice*-bepaling om functionele comités verplicht te maken, is er dus niet.

3.6 Diversiteit van vennootschapsbestuur

Terwijl de vorenstaande dimensies van een optimale configuratie van een raad van commissarissen voornamelijk geïnspireerd zijn vanuit een *agency*-perspectief, vindt de aandacht voor het diversiteitsaspect van bestuursraden vooral wortels in de *resource dependency*-benadering.⁶² Dit laatste aspect is door de wetgever als expliciete opdracht van een raad van commissarissen uitgewerkt in artikel 2:140 BW. De effectiviteit van deze adviesfunctie hangt af van '*the board's cumulative human capital that is often linked to various board demography characteristics, such as average tenure, professional diversity, or range of educational backgrounds*'.⁶³ Filatotchev en Boyd voeren zelfs aan dat structurele kenmerken van bestuursraden, zoals de fractie van onafhankelijke bestuurders of de scheiding van

⁵⁷ Art. III.5.4 Nederlandse Corporate Governance Code.

⁵⁸ Art. III.5.5 Nederlandse Corporate Governance Code.

⁵⁹ Art. III.5.6. Nederlandse Corporate Governance Code.

⁶⁰ Bruno & Claessens 2010; Yeh, Chung & Liu 2011.

⁶¹ Van Essen, Engelen & Carney 2013.

⁶² Pfeffer & Salancik 1978.

⁶³ Filatotchev & Boyd 2009, p. 260.

CEO en Voorzitter, minder relevant zijn in vergelijking met de kwaliteit van de hoeveelheid menselijk kapitaal in het vennootschapsbestuur.⁶⁴

De sterkste theoretische fundering voor een positieve impact van diversiteit op ondernemingsprestatie wordt geboden door de *resource dependence*-theorie die de raad van bestuur of de raad van commissarissen ziet als een '*boundary spanner between the company and the external resources important for its effectiveness*'.⁶⁵ Dit omvat netwerken naar zakenpartners, toegang tot kapitaal of toegang tot sectorinformatie.⁶⁶ Een meer divers vennootschapsbestuur laat dan toe om een breder spectrum en netwerk van middelen aan te boren die essentieel zijn voor de prestatie van de onderneming.

Het zal daarom niet verwonderen dat de diversiteit van bestuursraden de laatste jaren meer en meer in de belangstelling staat. Jammer genoeg wordt de focus in het wetenschappelijke zowel als in het publieke debat vaak verengd tot een grotere vertegenwoordiging van etnische minderheden (vooral op de kaart in de VS) en van vrouwen (vooral op de Europese agenda).⁶⁷ Uit recente cijfers van een studie voor de Monitoring Commissie Corporate Governance Code blijkt dat er gemiddeld 10 procent vrouwen zetelen in een raad van commissarissen.⁶⁸ In 65 procent van de raden van commissarissen zetelt geen enkele vrouw, terwijl in 22 procent van de raden één en in 13 procent van de raden minstens twee vrouwen zetelen.

Hoewel de meeste studies dus enkel focussen op de diversiteit van vrouwen en minderheden, kent diversiteit vele dimensies.⁶⁹ De diversiteit in bestuursraden refereert immers aan '*the varied combination of attributes, characteristics and expertise contributed by individual board members in relation to board process and decision-making*'.⁷⁰ Het maatschappelijke en wetenschappelijke debat rond diversiteit van bestuursraden zou aan kracht winnen als de focus op het volledige spectrum van diversiteitsdimensies komt te liggen. Ruwweg kunnen we twee groepen van diversiteitsdimensies onderscheiden.⁷¹ Enerzijds zijn er demografisch duidelijk waarneembare dimensies, zoals geslacht, etnische achtergrond, nationaliteit en leeftijd. Anderzijds zijn er minder waarneembare cognitieve dimensies, zoals sociale achtergrond, professionele ervaring, sector kennis, connecties met andere organisaties en zakenmensen, religie, denkstijlen en waardepatronen.

64 Ibid., p. 260.

65 Engelen, Van der Laan & Van den Berg 2012.

66 Van der Walt & Ingley 2003.

67 Daily & Dalton 2003.

68 Engelen, Van den Berg & Van der Laan 2010.

69 Brammer, Millington & Pavelin 2007.

70 Van der Walt & Ingley 2003, p. 219.

71 Erhardt, Werbel & Shrader 2003.

Tabel 28.3. Diverse diversiteitsdimensies van Nederlandse raden van commissarissen

Paneel A. Leeftijd	Paneel B. Geslacht	Paneel D. Opleidingsniveau	Paneel F. Expertise
gemid- 60 delde	Mannen 452 93,8%	Lager 17 3,7% dan bachelor	Commerci- 204 43% eel
mini- 33 mum	Vrou- 30 6,2% wen	Bachelor 41 8,9%	Bank en 52 11% Financiële Diensten
maxi- 77 mum		Master 344 74,6%	Accoun- 46 10% ting
medi- 61 aan	Paneel C. Nationaliteit	Docto- 59 12,8% raat	Overige 176 37%
SD 6,95	<i>Fractie buitenlandse commissarissen</i>		
CoV 0,11	Binnen- 371 77% lands		
	Buiten- 111 23% lands		
Leeftijdsverde- ling	<i>Verdeling van buitenlan- ders</i>	Paneel E. Opleidingsrichting	Paneel G. Achtergrond
> = 70 26 jaar	VS 26 23%	Bedrijfs- 137 30% econo- mie	Zakenwe- 429 89% reld
65-69 115	VK 25 23%	Tech- 72 16% nisch	Acade- 28 6% misch
60-64 147	België 17 15%	Recht 69 15%	Politiek 14 3%
55-59 104	Duits- 13 12% land	Econo- 51 11% mie	Overheid 6 1%
50-54 45	Frank- 9 8% rijk	Weten- 41 9% schap	Overige 2 0%
45-49 36	Zwitser- 5 5% land	MBA 18 4%	NGO 1 0%
40-44 5	Overige 13 12%	Overige 62 14%	
< 40 4 jaar			

Legenda: *SD* is de standaardafwijking van de gemiddelde leeftijd, *CoV* staat voor de variatiecoëfficiënt van de gemiddelde leeftijd, *minimum* refereert aan de jongste leeftijd, *maximum* refereert aan de oudste leeftijd. De leeftijdsverdeling en de panelen B tot G geven het aantal commissarissen per classificatie weer. Percentages sommen mogelijk niet tot 100% wegens afrondingen.

Bron: Engelen, van der Laan & Van den Berg 2012.

De meest gebruikte methode om diversiteit te meten, is aan de hand van een gecorrigeerde Blau-indicator:⁷²

$$Blau = \left(\frac{p}{p-1} \right) \left(1 - \sum_{i=1}^p x_i^2 \right) \quad (1)$$

waarbij x_i het aantal commissarissen uit een bepaalde categorie in een raad van commissarissen is. Te denken valt aan het aantal mannelijke commissarissen of het aantal commissarissen met een achtergrond in de politiek. Per dimensie zijn in totaal p categorieën. Bij geslacht is p per definitie gelijk aan 2, bij achtergrond is dit bijvoorbeeld gelijk aan zes (aantal verschillende achtergronden). De maatstaf voor diversiteit is gebaseerd op de fractie van de raad van commissarissen dat 'lid' is van een bepaalde categorie. In de Blau-indicator worden deze fracties gekwadrateerd en vervolgens gesommeerd om vervolgens van 1 afgetrokken te worden. Om de bevindingen vergelijkbaar te maken tussen de diverse diversiteitsdimensies wordt ook nog een correctie toegepast. Naarmate de Blau-indicator een hogere waarde aanneemt, betekent dit dat de diversiteit groter is. De minimale waarde voor de Blau-indicator is 0, het maximum bedraagt 1.

Uit een recente studie over Nederlandse raden van commissarissen gaan Engelen, Van der Laan en Van den Berg uit van vijf diversiteitsdimensies:⁷³ (i) nationaliteit, (ii) geslacht, (iii) leeftijd, (iv) socio-economische achtergrond en (v) human capital. Deze laatste werd nog onderverdeeld in (a) opleidingsniveau, (b) opleidingsrichting en (c) ervaring. Tabel 28.3 geeft een inzicht in de diversiteit van Nederlandse raden van commissarissen over deze vijf dimensies. De gemiddelde leeftijd van een commissaris in een Nederlands beursgenoteerd bedrijf bedraagt 60 jaar. De meerderheid van de commissarissen bevindt zich in de leeftijdscategorie 60 tot 64 jaar, gevolgd door de categorie 65-69 en 55-59 jaar. Er zijn slechts 9 commissarissen jonger dan 45 jaar, terwijl er 26 ouder dan 70 jaar zijn. Verder blijkt dat 94% van alle commissarissen mannen zijn. Slechts 30 van de 482 commissarissen zijn vrouwen. Het aantal commissarissen met een andere dan de Nederlandse nationaliteit bedraagt 23%. Deze buitenlandse commissarissen zijn voornamelijk afkomstig uit zes landen (VS, VK, België, Duitsland, Frankrijk en Zwitserland). Ongeveer de helft van de buitenlandse commissarissen heeft een Angelsaksische achtergrond. Ook blijkt dat commissarissen een hoog opleidingsniveau hebben: 87% heeft ten minste een masterdiploma. De top drie van opleidingsrichtingen is: bedrijfseconomie, een technische opleiding en rechten. Inzake expertise vinden we vooral commerciële functies, bank- en financie-

⁷² Engelen, Van den Berg & Van der Laan 2010.

⁷³ Engelen, Van der Laan & Van den Berg 2012.

ringswezen en accounting terug. Tot slot zien we dat 89% van de commissarissen een achtergrond in de zakenwereld heeft, 6% uit de academische wereld komt en 3% een politieke achtergrond heeft.

Uit de managementliteratuur weten we dat een verhoogde diversiteit kan bijdragen tot het aan bod komen van meer visies, tot een verrijking van het debat en tot het mogelijk aanboren van meer menselijk kapitaal en meer diverse strategische connecties.⁷⁴ Dit geheel zou dan kunnen leiden tot betere ondernemingsprestaties. Naast dit positieve verhaal van diversiteit is er ook de keerzijde. Meer diversiteit blijkt in groepsprocessen te leiden tot tragere en minder effectieve besluitvorming, wat zich dan vertaalt in slechtere ondernemingsprestaties.⁷⁵ Engelen, Van der Laan en Van den Berg onderzochten de impact van de diversiteit van raden van commissarissen van Nederlandse beursgenoteerde bedrijven op de ondernemingsprestatie over de jaren 2007 tot 2009. Hun resultaten laten zien dat leeftijdsdiversiteit, diversiteit inzake expertise en ervaring en diversiteit in achtergrond een positieve impact op de ondernemingsprestatie kunnen hebben (zie figuur 2). De andere diversiteitsdimensies (geslacht, nationaliteit en opleiding) hebben echter geen impact op de ondernemingsprestatie. De geobserveerde relatie tussen ervaring, leeftijd of achtergrond en ondernemingsprestaties is evenwel niet lineair. Het verhogen van de diversiteit in deze drie dimensies verhoogt de ondernemingsprestaties gevoelig, maar enkel tot een bepaald maximumpunt. Na dit punt heeft bijkomende diversiteit een negatief effect op de ondernemingsprestatie. Een mogelijke verklaring is dat diversiteit een breder netwerk aan essentiële middelen opent (positieve impact), maar dat een te hoge diversiteit leidt tot besluiteloosheid in de raad van commissarissen (negatieve impact).

De vaak gehoorde publieke oproep om meer vrouwen in bestuursraden op te nemen, vindt weinig steun in deze studie.⁷⁶ Ook in de rest van de literatuur is een nauwelijks een link te vinden tussen geslachtsdiversiteit en ondernemingsprestaties. Een recent literatuuroverzicht vond slechts negen studies die specifiek een dergelijke link onderzocht hebben.⁷⁷ Twee studies vonden een positief effect, vijf vonden geen effect en twee vonden een negatief effect.⁷⁸ Toch heeft de Eerste Kamer onlangs een wet goedgekeurd waardoor raden van bestuur en raden van commissarissen tegen 2016 minstens voor 30% uit vrouwen moeten bestaan.⁷⁹ Sommige landen hebben voor eenzelfde oplossing gekozen, onder meer Noorwegen, Spanje en recent ook Frankrijk en België. Andere landen, zoals de VS, kozen bewust

74 Carter e.a. 2010; Selby 2000.

75 Hambrick, Cho & Chen 1996; Knight e.a. 1999.

76 Zie ook Engelen 2011b.

77 Carter e.a. 2010.

78 Zie bijvoorbeeld Shrader, Blackburn & Iles 1997; Rose 2007; Erhardt, Werbel & Shrader 2003.

79 Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, Stb. 2011, 275, 14 juni 2011.

niet voor een oplossing met quota. In Nederland gaat het niet om een harde maatregel, eerder om een streefcijfer. Bedrijven moeten in hun jaarverslag dan wel uitleggen waarom ze het quotum niet gehaald hebben, maar van sancties is vooralsnog geen sprake.⁸⁰

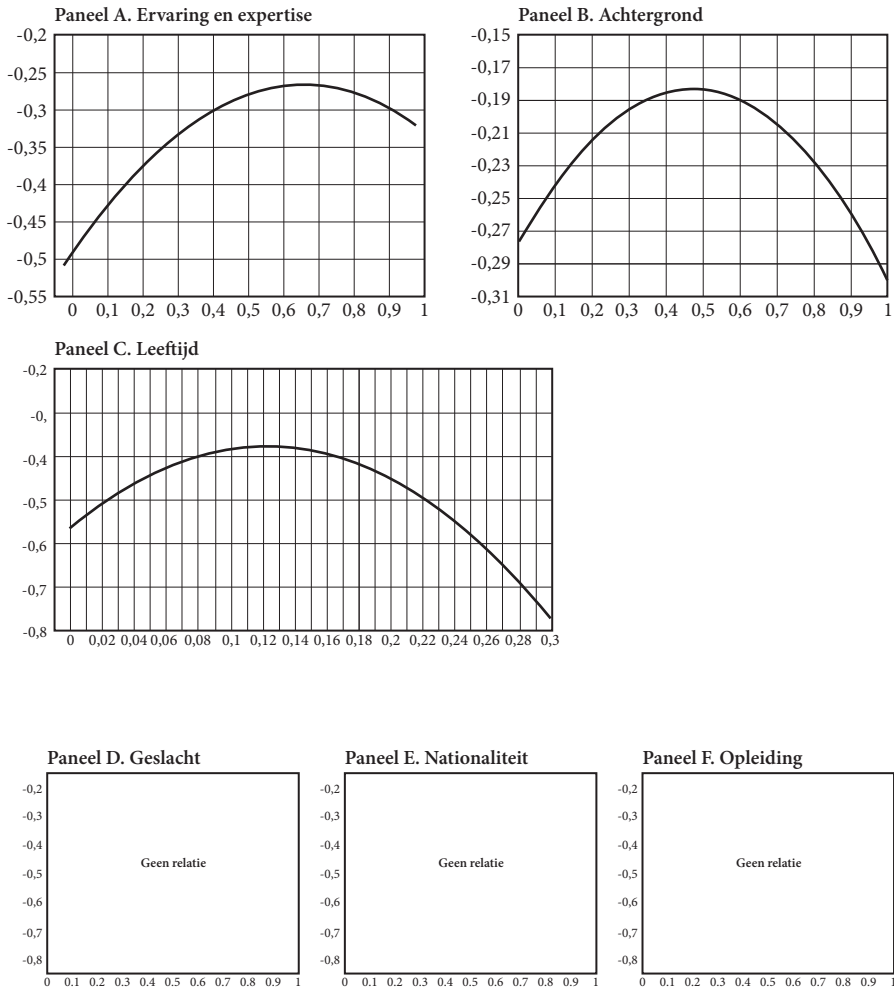
Het gebruik van verplichte, uniforme quota voor vrouwelijke bestuurders kan vanuit een optimale *corporate governance*-configuratie niet ondersteund worden. Immers, de contingentieliteratuur laat zien dat de optimale diversiteit van een raad van bestuur afhankelijk is van het type bedrijf, van de levenscyclus van het bedrijf en van de macro-economische omstandigheden. Dit zal per bedrijf dus anders uitpakken. Zo kan de opname van vrouwen in de raad van bestuur heel gunstig zijn in de sector van consumentenproducten en -diensten die zich relatief meer op vrouwen richten of waar consumenten er gevoelig voor zijn dat het bedrijf een afspiegeling is van haar gebruikers.⁸¹ Maar voor andere bedrijven kan dit geheel anders uitpakken. Of het bedrijf in een groei-, maturiteits- of verval fase zit, kan eveneens een andere optimale diversiteit vragen. Ook of een bedrijf zich in normale wateren bevindt of in crisistijd kan opnieuw een andere samenstelling van de raad van bestuur vragen. Dit betekent dat telkens de optimale diversiteit van een bedrijf zal verschillen. Een uniforme maatregel opleggen op een deelaspect van diversiteit is dan weinig effectief. Voor enkele bedrijven zal 30% vrouwen toevallig de juiste samenstelling van de raad van bestuur opleveren. Voor andere bedrijven zal dit echter tot een suboptimale samenstelling leiden en dus tot slechtere bedrijfsprestaties.⁸² Het is daarom verstandig dat de Nederlandse regeling speelruimte biedt. Met het 'pas-toe-of-leg-uit'-principe kunnen bedrijven afwijken van de 30%-norm en toch voor een optimalere diversiteit kiezen.

⁸⁰ Engelen 2011a.

⁸¹ Brammer et al. 2007.

⁸² Ibid.

Figuur 28.2 Niet-lineaire relaties tussen diversiteitsdimensies en ondernemingsprestaties van Nederlandse beursgenoteerde bedrijven



Bron: Engelen, Van der Laan & Van den Berg 2012.

4 IMPACT VAN OMGEVINGSFACTOREN OP CORPORATE GOVERNANCE-KEUZES

4.1 *Impact van instituties en jurisdictie op corporate governance*

Recente comparatieve *corporate governance*-studies wijzen op het belang van de institutionele context om de effectiviteit van *corporate governance*-keuzes en de impact op onder-

nemingsprestaties beter te begrijpen.⁸³ Landspecifieke instituties spelen een grote rol in de ontwikkeling van een land, omdat ze investeerders toelaten beleggingsbeslissingen te nemen, eigendomsrechten verzekeren en de naleving van contracten afdwingen.⁸⁴ Een vaak aangehaald voorbeeld laat zien dat een adequaat juridisch kader ondernemingen toelaat om meer externe financiering (zowel schuldfinanciering als eigen vermogen) aan te trekken.⁸⁵ Landen met een betere beleggersbescherming hebben een juridisch kader die investeerders meer zekerheid biedt dat ze een normaal rendement op hun investering zullen realiseren. Recente studies laten duidelijk de impact zien van landspecifieke instituties op ondernemingsprestaties.⁸⁶ Onderzoek laat ook zien dat verschillen in jurisdicties onder meer een impact hebben op de activastructuur,⁸⁷ op de prijszetting van beursintroductions,⁸⁸ op het functioneren van ondernemingsgroepen,⁸⁹ op dividendpolitiek van bedrijven,⁹⁰ op directe investeringen,⁹¹ op de vertegenwoordiging van vrouwen in bestuursraden⁹² en op diversificatiebeslissingen.⁹³

Een belangrijk vraagstuk is in welke mate er een interactie is tussen landsspecifieke instituties en ondernemingsspecifieke *corporate governance*-kenmerken. Hoe deze interactie verloopt, is momenteel nog niet erg duidelijk. Drie scenario's zijn hierbij mogelijk.⁹⁴ Een eerste visie stelt dat landspecifieke regels en ondernemingsspecifieke *corporate governance*-keuzes substituten zijn. In deze visie kunnen ondernemingen zich binden tot een hoger niveau van beleggersbescherming door gepaste keuzes te maken inzake hun *corporate governance*-configuratie, zoals de grootte van het vennootschapsbestuur, de samenstelling van de raad van bestuur/commissarissen of de leiderschapsstructuur. Indien ondernemingen kosteloos kunnen kiezen voor een betere *corporate governance*-configuratie en indien dergelijke mechanismen een perfect substituum zijn voor landspecifieke regels, dan kunnen ondernemingen in hun statuten minder geschikte landspecifieke regels overschrijven.⁹⁵

83 Carney e.a. 2011; Judge, Gaur & Muller-Kahle 2010; Van Essen, Engelen & Carney 2013.

84 North 1990.

85 La Porta e.a. 1997; La Porta e.a. 1998.

86 Van Essen, Engelen & Carney 2013.

87 Claessens & Laeven 2003.

88 Engelen & Van Essen 2010a.

89 Carney e.a. 2011.

90 La Porta e.a. 2000.

91 Globberman & Shapiro 2003.

92 Grosvold & Brammer 2011.

93 Peng, Lee & Wang 2005.

94 Engelen & Van Essen 2010b.

95 Coase 1960; Goergen & Renneboog 2008. Dit veronderstelt dat dergelijke regels van aanvullend recht zijn.

Een tweede visie argumenteert dat ondernemingsspecifieke *corporate governance* en landspecifieke instituties complementair zijn.⁹⁶ Ondernemingen hebben in deze visie slechts een beperkte mogelijkheid om zich op een geloofwaardige manier te binden aan betere ondernemingsspecifieke *corporate governance*-configuraties als er geen ondersteunend landspecifiek institutioneel kader bestaat. De route via ondernemingsstatuten is vaak niet mogelijk als dergelijke voorzieningen te duur zouden zijn, als landspecifieke regels van dwingend recht zijn of als ondernemingsspecifieke regels moeilijk afdwingbaar zijn in een zwakke jurisdictie. In een dergelijke omgeving vallen beleggers terug op externe *governance*-mechanismen, zoals landspecifieke beleggersbeschermingsregels en de werking van rechtbanken om het rendement op hun investering te verzekeren. Ondernemingsspecifieke *corporate governance*-keuzes en landspecifieke instituties zijn dus complementair, omdat een goed ontwikkeld juridisch kader de effectiviteit van ondernemingsspecifieke *corporate governance* bevordert.

Tot slot is het mogelijk dat ondernemingsspecifieke *corporate governance*-keuzes en landspecifieke instituties onafhankelijk van elkaar werken. Volgens deze visie heeft de ontwikkeling van het ene kanaal geen impact op de effectiviteit van het andere kanaal. Beide kanalen functioneren dus los van elkaar, waardoor verschillen in ondernemingsspecifieke *corporate governance*-configuraties niet kunnen worden verklaard door verschillen in landspecifieke instituties.⁹⁷

Verschillende empirische studies hebben de relatie tussen beide niveaus aangeraakt zonder dat er een duidelijk beeld in de literatuur ontstaan is. Tabel 4 geeft een overzicht van deze empirische studies. Durnev en Kim en Klapper en Love onderzoeken verschillen in ondernemingsprestaties en -waarderingen en vinden dat ondernemingsspecifieke *corporate governance* en landspecifieke instituties substituten zijn, terwijl Chen, Chen en Wei gelijkaardige resultaten vinden met betrekking tot de kosten van het eigen vermogen.⁹⁸ De resultaten van twee andere studies wijzen dan weer op de onafhankelijkheidsvisie, waarbij beide kanalen los van elkaar staan.⁹⁹ Enkel Aggarwal, Erel, Stulz en Williamson vinden een complementair effect tussen ondernemingsspecifieke *corporate governance*-keuzes en landspecifieke instituties.¹⁰⁰ Deze studie laat zien dat ondernemingen minder investeren in ondernemingsspecifieke *corporate governance*-configuraties in zwakkere jurisdicties. Maar de relatie tussen beide kanalen kan ook complexer zijn. Enerzijds blijken ondernemingen met een hoog niveau aan *corporate governance* die opereren in een land met een

96 Aoki 2001.

97 Chhaochharia & Laeven 2009.

98 Chen, Chen & Wei 2009; Durnev & Kim 2005; Klapper & Love 2004.

99 Chhaochharia & Laeven 2009; Krishnamurti, Sevc & Sevc 2005.

100 Aggarwal e.a. 2010.

hoog niveau aan beleggersbescherming een lagere waardering te hebben in vergelijking met dezelfde ondernemingen die opereren in een land met een lagere beleggersbescherming.¹⁰¹ Anderzijds kunnen ondernemingen met een laag niveau aan *corporate governance* hun ondernemingswaarde niet opkrikken door te verhuizen van een jurisdictie met een lage beleggersbescherming naar een omgeving met een hoge beleggersbescherming.¹⁰² De auteurs concluderen dat '*strong legal investor protection has a negative performance effect on well-governed companies and a neutral effect on poorly-governed ones*'.¹⁰³ Deze studie laat wel zien dat de effectiviteit van *corporate governance*-configuraties afhankelijk is van de context waarbinnen ondernemingen opereren.

4.2 *Impact van crisistijden*

De gevestigde wijsheid vanuit het dominante *agency*-perspectief stelt dat een 'goede' *corporate governance*-configuratie, dat wil zeggen een onafhankelijk vennootschapsbestuur met een beperkt aantal leden gekoppeld aan de scheiding tussen CEO en Voorzitter en de aanwezigheid van onafhankelijke functionele comités, veruit de best keuze is en dus waarde zal creëren.¹⁰⁴ Een vennootschapsbestuur met een dergelijke configuratie wordt vaak gezien als *best practice* en is vaak zelfs omgezet in een *corporate governance code*.¹⁰⁵ In Nederland vinden we deze *best practice*-opvatting deels teug in het door de wetgever opgelegde structuurstelsel en deels in de Nederlandse *Corporate Governance Code*.¹⁰⁶ Het lijkt evenwel erg onwaarschijnlijk dat deze *best practice*-bepalingen universeel in alle situaties en voor alle types van ondernemingen de beste keuze zullen zijn.¹⁰⁷

Recent onderzoek wijst immers uit dat de effectiviteit van *corporate governance*-configuraties afhankelijk is van een reeks factoren, zoals het niveau van economische ontwikkeling,¹⁰⁸ de industriecontext,¹⁰⁹ de aandeelhoudersstructuur¹¹⁰ en de fase van de levenscyclus waarin een bedrijf zich bevindt.¹¹¹ Van Essen, Engelen en Carney tonen aan dat de effectiviteit van *corporate governance*-configuraties ook verschilt naargelang een onderneming in normale tijden dan wel in crisistijden opereert.¹¹² Deze studie laat zien dat tijdens de

101 Bruno & Claessens 2010.

102 Ibid.

103 Ibid, p. 463.

104 Van Essen, Engelen & Carney 2013.

105 Daily, Dalton & Cannella 2003.

106 Zie bijvoorbeeld par. III.2 op de onafhankelijkheid van bestuurders of par. III.5 op de functionele comités.

107 Judge 2012.

108 Chen, Li & Shapiro 2011.

109 Chancharat, Krishnamurti & Tian 2012.

110 Desender e.a. 2012.

111 Dowell, Shackell & Stuart 2011.

112 Van Essen, Engelen & Carney 2013.

financiële crisis ondernemingen met een geconcentreerde leiderschapsstructuur beter af waren. Ook andere traditionele *best practice*agency-bepalingen werkten vaak contraproductief. Hoewel dergelijke *best practice*-bepalingen vaak goed bedoeld zijn om managers beter in het oog te houden, kan overmatig toezicht dus contraproductief werken als ze de bewegingsruimte van managers al te strikt beperken.¹¹³

Met andere woorden:

‘This “over-monitoring” interpretation is consistent with our hypotheses that vigilant boards may unduly constrain the discretion of the CEO, since we find that CEO duality is helpful in a crisis whereas small board size and large numbers of board sub-committees harms performance and the much lauded board independence indicators have no significant effect. The theoretical implications of these findings suggest that agency theory-based prescriptions of good governance at firm level should be moderated by a concern for appropriate managerial discretion.’¹¹⁴

Best practice-bepalingen inzake optimale *corporate governance*-configuraties moeten dus rekening houden met verschillen tussen reguliere en crisistijden. Tijdens crisistijden is er duidelijk behoefte aan een andere configuratie van het *corporate governance*-model. Daarom is het belangrijk dat Nederlandse vennootschappen hun *corporate governance*-configuratie kunnen optimaliseren afhankelijk van de context waarbinnen ze moeten opereren. Bedrijven dwingen via wetgeving of *best practice codes* universele *corporate governance*-modellen na te leven, zal de effectiviteit van het vennootschapsbestuur en de waardecreeatie niet ten goede komen.

Tabel 28.4 De impact van ondernemingsspecifieke corporate governance en landspecifieke instituties

Studie	Geografisch	Periode	CG	Instituties	Uitkomst	Interactie
Mitton (2002)	Azië	1997-1998	ja	nee	Betere ondernemingsprestatie	Niet getest
Klapper & Love (2004)	Groeimarkten	2000	ja	ja	Betere ondernemingsprestatie; Hogere waardering	Substituten
Baek, Kang & Park (2004)	Korea	1997-1998	ja	nee	Hogere waardering	Niet getest

¹¹³ Finkelstein & D’Aveni 1994; Finkelstein & Hambrick 1990.

¹¹⁴ Van Essen, Engelen & Carney 2013, p. 20.

Studie	Geografisch	Periode	CG	Institutes	Uitkomst	Interactie
Durnev & Kim (2005)	Groeimarkten	2000	ja	ja	Hogere waardering	Substituten
Krishnamurti et al. (2005)	Azië	2000	ja	ja	Geen effect op waardering	Onafhankelijk
Chen, Chen & Wei (2009)	Groeimarkten	2001-2002	ja	ja	Lagere kost van eigen vermogen	Substituten
Beltratti & Stulz (2009)	Wereldwijd	2007-2008	ja	ja	Geen effect op ondernemingsprestatie	Niet getest
Engelen & Van Essen (2010)	Europa	2007-2008	ja	ja	Betere ondernemingsprestatie	Onafhankelijk

Legenda: CG geeft aan of de studie ondernemingsspecifieke *corporate governance*-factoren opneemt; *Institutes* geeft aan of de studie landspecifieke institutionele factoren opneemt; *Uitkomst* geeft aan wat de impact is van betere CG of betere instituties; *Interactie* geeft aan of ondernemingsspecifieke *corporate governance* of landspecifieke instituties supplementair, complementair of onafhankelijk zijn.

Bron: Engelen & Van Essen 2010b.

5 CONCLUSIES

Dit hoofdstuk gaat na welke kenmerken vennootschapsraden moeten bezitten opdat de onderneming tot betere bedrijfsprestaties kan komen. Hierbij bouwt het hoofdstuk voornamelijk op de inzichten die de (bedrijfs)economische theoretische en empirische literatuur de afgelopen 25 jaar heeft opgeleverd. De gevestigde wijsheid vanuit het dominante *agency*-perspectief stelt dat een 'goede' *corporate governance*-configuratie een onafhankelijk vennootschapsbestuur met een beperkt aantal leden is, gekoppeld aan de scheiding van de functies van CEO en Voorzitter en de aanwezigheid van onafhankelijke functionele comités. Dit heeft ook belangrijke praktische en beleidsconsequenties, aangezien deze dominante opvatting vertaald is in *best practice*-codes of wetgeving. In Nederland vinden we deze *best practice*-opvatting deels terug in het door de wetgever opgelegde structuurstelsel en deels in de Nederlandse *Corporate Governance Code*. Met het instellen van een *two-tier*-structuur is de wetgever ervan uitgegaan dat Boek 2 BW een goede garantie biedt op een adequaat *corporate governance*-model met de beste garantie op waardecreatie. De wetgever heeft geoordeeld dat het instellen van een structuursysteem met een aparte, onafhankelijke raad van commissarissen en een scheiding tussen CEO en Voorzitter voldoende was voor goed bestuur.

De economische literatuur laat evenwel een minder duidelijk beeld zien. Zo blijkt dat er geen empirische grondslag is voor de *best practice*-opvatting dat kleine raden effectiever zijn. De optimale grootte hangt immers af van de omgevingskenmerken waarbinnen een

onderneming moet opereren. Het is daarom goed dat de Nederlandse wetgever niet stringent ingrijpt door regels op te leggen inzake de grootte van raden van commissarissen. Deze literatuur laat eveneens zien dat de keuze van de leiderschapsstructuur niet eenduidig is. Een uniforme regeling is hier opnieuw geen optimale *corporate governance*-configuratie, omdat de keuze voor een concentratie of splitsing van de functies van CEO en Voorzitter contextafhankelijk is. Het feit dat de Nederlandse wetgever, door te opteren voor een *two-tier*-vennootschapsbestuur, de functies van CEO en Voorzitter gesplitst heeft, valt in die zin dus te betreuren. In crisistijden blijkt de splitsing van beide functies immers waardevernietigend. Geconcentreerd leiderschap maakt in crisistijden heel duidelijk wie aan het roer staat en laat toe om veel korter op de bal te spelen. Verder wordt de algemeen aanvaarde opvatting dat onafhankelijke raden van bestuur bijdragen tot betere ondernemingsprestaties, empirisch niet bevestigd.

Naast de toezichtsrol hebben Nederlandse raden van commissarissen ook een adviesfunctie. Vanuit een *resource dependency*-perspectief mag verwacht worden dat een meer diverse bestuursraad toelaat om een breder spectrum en netwerk van middelen aan te boren die essentieel zijn voor de prestatie van de onderneming. Uit onderzoek blijkt dat bepaalde kenmerken inderdaad bijdragen aan de waardecreatie van Nederlandse bedrijven. Leef-tijdsdiversiteit, diversiteit inzake expertise en ervaring en diversiteit in achtergrond hebben een positieve impact op de ondernemingsprestaties. Na een optimaal punt hebben deze diversiteitsdimensies evenwel een negatieve impact. De andere diversiteitsdimensies (geslacht, nationaliteit en opleiding) hebben evenwel geen impact op de ondernemingsprestatie. Het gebruik van verplichte, uniforme quota voor vrouwelijke bestuurders kan dus vanuit een optimale *corporate governance*-configuratie niet ondersteund worden. Immers, de contingentieliteratuur laat zien dat de optimale diversiteit van een raad van bestuur afhankelijk is van het type bedrijf, van de levenscyclus van het bedrijf en van de macro-economische omstandigheden. Dit hoofdstuk laat duidelijk zien dat de effectiviteit van *corporate governance*-configuraties afhankelijk is van de context waarbinnen ondernemingen opereren. In die zin zijn de huidige, universele *best practice*-bepalingen die te allen tijde voor alle ondernemingen in alle omstandigheden gelden dus niet gewenst.

LITERATUUR

Adams, Almeida & Ferreira 2005

R. Adams, H. Almeida & D. Ferreira, 'Powerful CEOs and their impact on corporate performance', *Review of Financial Studies* 2005, 18, p. 1403-1432.

Adams, Hermalin & Weisbach 2010

R.B. Adams, B.E. Hermalin & M.S. Weisbach, 'The role of boards of directors in corporate governance: A conceptual framework and survey', *Journal of Economic Literature* 2010, 48, p. 58-107.

Baysinger & Butler 1985

B. Baysinger & H. Butler, 'Corporate governance and the board of directors: Performance effects of changes in board composition', *Journal of Law, Economics, and Organization* 1985, 1, p. 101-124.

Bhagat & Black 1999

S. Bhagat & B. Black, 'The uncertain relationship between board composition and firm performance', *Business Lawyer* 1999, 54, p. 921-963.

Borokhovich, Rarrino & Trapani 1996

K. Borokhovich, R. Rarrino & T. Trapani, 'Outside directors and CEO selection', *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 1996, 31, p. 337-355.

Brammer, Millington & Pavelin 2007

S. Brammer, A. Millington & S. Pavelin, 'Gender and ethnic diversity among UK corporate boards', *Corporate Governance: An International Review* 2007, 15, p. 393-403.

Brickely, Coles & Jarrell 1997

J. Brickely, J. Coles & G. Jarrell, 'Leadership structure: Separating the CEO and Chairman of the board', *Journal of Corporate Finance* 1997, 3, p. 189-220.

Carter e.a. 2010

D.J. Carter, F. D'Souza, B.J. Simkins & W.G. Simpson, 'The gender and ethnic diversity of US boards and board committees and firm financial performance', *Corporate Governance: An International Review* 2010, 18, p. 396-414.

Chaganti, Mahajan & Sharma 1985

R. Chaganti, V. Mahajan & S. Sharma, 'Corporate board size, composition and corporate failures in retailing industry', *Journal of Management* 1985, 22, p. 400-417.

Conyon, Judge & Useem 2011

M. Conyon, W.Q. Judge & M. Useem, 'Corporate governance and the 2008-09 financial crisis', *Corporate Governance: An International Review* 2011, 19, p. 399-404.

Daily & Dalton 1992

C. Daily & D. Dalton, 'The relationship between governance structure and corporate performance in entrepreneurial firms', *Journal of Business Venturing* 1992, 7, p. 375-386.

Daily & Dalton 2003

C. Daily & D. Dalton, 'Women in the Boardroom: A business imperative', *Journal of Business Strategy* 2003, 24, p. 8-10.

Daily, Dalton & Cannella 2003

C. Daily, D. Dalton & A. Cannella, 'Corporate governance: Decades of dialogue and data', *Academy of Management Review* 2003, 28, p. 371-382.

Dalton, Daily & Ellstrand 1999

D.R. Dalton, C.M. Daily & A.E. Ellstrand, 'Number of directors and financial performance: A meta-analysis', *Academy of Management Journal* 1999, 42, p. 647-687.

Eisenberg, Sundgren & Wells 1998

T. Eisenberg, S. Sundgren & M. Wells, 'Larger board size and decreasing firm value in small firms', *Journal of Financial Economics* 1998, 48, p. 35-54.

Engelen & Van Essen 2010a

P.J. Engelen & M. van Essen, 'Underpricing of IPOs: Firm-, Issue- and Country-Specific Characteristics', *Journal of Banking and Finance* 2010, 34, p. 1958-1969.

Engelen & Van Essen 2010b

P.J. Engelen & M. van Essen, 'Vulnerability to the Financial Crisis: The Roles of Firm- and Country-Level Governance Mechanisms in Europe', *International Corporate Finance and Governance Conference*, University of Twente, the Netherlands, 14-16 October 2010.

Engelen, Van den Berg & Van der Laan 2010

P.J. Engelen, A. van den Berg & G. van der Laan, *Samenstelling en functioneren van de raden van commissarissen van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen in 2009*, Achtergrond studie voor de Nederlandse Monitoring Commissie Corporate Governance, 2010.

Engelen 2011a

P.J. Engelen, 'Het ene bedrijf is meer gebaat bij vrouwen in raden van bestuur dan het andere', *Me Judice*, 19 augustus 2011.

Engelen 2011b

P.J. Engelen, 'Voorrang geven aan vrouwelijke commissaris is weinig effectief', *De Ondernemer*, oktober 2011.

Engelen, Van der Laan & Van den Berg 2012

P.J. Engelen, G. van der Laan & A. van den Berg, 'Board Diversity as a Shield during the Financial Crisis', in: S. Boubaker, B.D. Nguyen & D.K. Nguyen (eds.), *Corporate Governance. Recent Developments and New Trends*, Springer Publishers 2012.

Erhardt, Werbel & Shrader 2003

N. Erhardt, J. Werbel & C. Shrader, 'Board of director diversity and firm financial performance', *Corporate Governance: An International Review* 2003, 11, p. 102-111.

Van Ees & Van der Laan 2012

H. van Ees & G. van der Laan, 'Boards and board effectiveness', in: T. Clarke & D. Branson (eds.), *The Sage handbook of corporate governance*, Thousand Oaks, California: Sage 2012, p. 183-195.

Van Essen, Engelen & Carney 2013

M. van Essen, P.J. Engelen & M. Carney, 'Does "good" corporate governance help in a crisis? The impact of country- and firm-level governance mechanisms in the European financial crisis', *Corporate Governance: An International Review*, te verschijnen.

Ezzamel & Watson 1993

M. Ezzamel & R. Watson, 'Organizational form, ownership structure, and corporate performance: A contextual empirical analysis of UK companies', *British Journal of Management* 1993, 4, p. 161-176.

Fama & Jensen 1983

E.F. Fama & M.C. Jensen, 'Separation of ownership and control', *Journal of Law and Economics* 1983, 26, p. 301-325.

Filatotchev & Boyd 2009

I. Filatotchev & B. Boyd, 'Taking stock of corporate governance research while looking to the future', *Corporate Governance: An International Review* 2009, 17, p. 260.

Finkelstein & D'Aveni 1994

S. Finkelstein & R. D'Aveni, 'CEO duality as a double-edged sword: How boards of directors balance entrenchment avoidance and unity of command', *Academy of Management Journal* 37, 1994, p. 1079-1108.

Goyal & Park 2002

V. Goyal & C. Park, 'Board leadership structure and CEO turnover', *Journal of Corporate Finance* 2002, 8, p. 49-66.

Hambrick, Cho & Chen 1996

D.C. Hambrick, T.S. Cho & M.J. Chen, 'The influence of top management team heterogeneity on firms' competitive moves', *Administrative Science Quarterly* 1996, 41, p. 659-684.

Hermalin & Weisbach 1991

B. Hermalin & M. Weisbach, 'The effects of board composition and direct incentives on firm performance', *Financial Management* 1991, 20, p. 101-112.

Hermalin & Weisbach 2003

B.E. Hermalin & M.S. Weisbach, 'Boards of directors as an endogenously determined institution: A survey of the economic literature', *Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review* 2003, 9, p. 7-26.

Hooghiemstra & van Manen 2004

R. Hooghiemstra & J. van Manen, 'The independence paradox: (Im)possibilities facing non-executive directors in the Netherlands', *Corporate Governance: International Review* 2004, 12, p. 314-324.

Huther 1996

J. Huther, 'An empirical test of the effect of board size on firm efficiency', *Economics Letters* 1996, 54, p. 259-264.

Jensen & Meckling 1976

M.C. Jensen & W.H. Meckling, 'Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure', *Journal of Financial Economics* 1976, 3, p. 305-360.

Jensen 1993

M. Jensen, 'The modern industrial revolution, exit, and the failure of internal control systems', *Journal of Finance* 1993, 48, p. 865.

Johnson, Hoskisson & Hitt 1993

R. Johnson, R. Hoskisson & M. Hitt, 'Board of director involvement in restructuring: The effects of board versus managerial controls and characteristics', *Strategic Management Journal* 1993, 14, p. 33-50.

Kesner 1987

I. Kesner, 'Directors' stock ownership and organizational performance: An investigation of Fortune 500 companies', *Journal of Management* 1987, 30, p. 645-664.

Kim & Nofsinger 2007

K. Kim & J. Nofsinger, *Corporate governance*, 2nd edition, New Jersey: Pearson, Prentice Hall 2007, 164 p.

Knight e.a. 1999

D. Knight, C.L. Pearce, K.G. Smith, J.D. Olian, H.P. Sims, K.A. Smith & P. Flood, 'Top management team diversity, group process, and strategic consensus', *Strategic Management Journal* 1999, 20, p. 445-465.

Laveren e.a. 2002

E. Laveren, P.J. Engelen, A. Limere & S. Vandemaele, *Handbook Financieel Beheer*, Antwerpen/Oxford: Intersentia Publishers 2002, 687 p.

Maassen & Van den Bosch 1999

G. Maassen & F. van den Bosch, 'On the supposed independence of two-tier boards: Formal structure and reality in the Netherlands', *Corporate Governance: An International Review* 1999, 7, p. 31-37.

Muller-Kahle & Lewellyn 2011

M.I. Muller-Kahle & K.B. Lewellyn, 'Did board configuration matter? The case of US subprime lenders', *Corporate Governance: An International Review* 2011, 19, p. 405-417.

Pfeffer & Salancik 1978

J. Pfeffer & G.R. Salancik, 'The External Control of Organizations: A Resource Dependence Perspective', New York: Harper & Row 1978.

Raaijmakers 2008

G. Raaijmakers, 'Hoofdstuk 16. Beloningsprikkels voor bestuurders en commissarissen', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 401-421.

Rechner & Dalton 1991

P. Rechner & D. Dalton, 'CEO duality and organizational performance: A longitudinal analysis', *Strategic Management Journal* 1991, 12, p. 155-160.

Rose 2005

C. Rose, 'The composition of Semi-Two-Tier Corporate Boards and Firm Performance', *Corporate Governance: An International Review* 1991, 13, p. 691-701.

Rose 2007

C. Rose, 'Does female board representation influence firm performance? The Danish evidence', *Corporate Governance: An International Review* 2007, 15, p. 404-413.

Selby 2000

C.C. Selby, 'From male locker room to coed board room: A twenty-five year perspective', in: R. Burke & M. Mattis (eds.), *Women on Corporate Boards of Directors*. Dordrecht: Kluwer Academic 2000, p. 239-251.

Shleifer & Vishny 1997

A. Shleifer & R. Vishny, 'A survey of corporate governance', *Journal of Finance* 1997, 52, p. 737-783.

Shrader, Blackburn & Iles 1997

C. Shrader, V. Blackburn & P. Iles, 'Women in management and firm financial performance: An exploratory study', *Journal of Managerial Issues* 1997, 9, p. 355-372.

Walsh & Seward 1990

J. Walsh & J. Seward, 'On the efficiency of internal and external corporate control mechanisms', *Academy of Management Review* 1990, 15, p. 421-458.

Van der Walt & Ingle 2003

N. van der Walt & C. Ingle, 'Board dynamics and the influence of professional background, gender and ethnic diversity of directors', *Corporate Governance: An International Review* 2003, 11, p. 218-234.

Weisbach 1988

M. Weisbach, 'Outside directors and CEO turnover', *Journal of Financial Economics* 1988, 20, p. 431-460.

Yermack 1996

D. Yermack, 'Higher market valuation of companies with a small board of directors', *Journal of Financial Economics* 1996, 40, p. 185-211.

29 BELONING VAN BESTUURDERS EN COMMISSARISSEN

Te weinig of te veel prikkels?

G.T.M.J. Raaijmakers

SAMENVATTING

Zowel bestuurdersbeloning als commissarissenbeloning staan in de belangstelling. Hoewel dit op het eerste gezicht verschillende onderwerpen lijken, hebben ze gemeen dat ze raken aan de fundamentele 'checks & balances' van een onderneming. Samen vormen bestuurders en commissarissen de leiding van zo een onderneming. Hebben ze daarbij de juiste prikkels om de belangen van de aandeelhouders en de overige betrokken stakeholders goed te behartigen? In de praktijk is deze discussie vaak snel politiek van aard. Dit is echter maar één kant van de zaak. In deze bijdrage zal worden ingegaan op de vraag hoe de discussie vanuit een gedragsrechtelijk oogpunt kan worden bekeken.

1 INLEIDING

De beloning van topbestuurders staat al geruime tijd hoog op de politieke agenda. In het verlengde daarvan is er ook discussie over de beloning van commissarissen. Nadat het aan het begin van deze eeuw al ruime aandacht heeft gekregen en tot wetswijzigingen heeft geleid, is het onderwerp door de financiële crisis opnieuw hoog op de agenda komen te staan. Het is bij de discussie over met name bestuurdersbeloning van belang de verschillende invalshoeken te onderscheiden. Vastgesteld moet worden dat de discussie in veel gevallen de hoogte van beloning als zodanig betreft. Dat gaat dan zowel over het vaste deel van de beloning als over de variabele beloning. Het gaat daarbij vaak om twijfel over de vraag of de waarde van de beloning als zodanig in verhouding staat tot de geleverde prestatie, en of er niet een scheefgroei ontstaat tussen 'beloning aan de top' en de rest van het loongebouw in één organisatie, hetgeen afbreuk kan doen aan de sociale cohesie. Daartegenover staat dat ook beloning nu eenmaal onderworpen is aan marktwerking en dat er gewaakt moet worden voor verstoring van een *level playing field*: als er beperkingen aan beloning worden gesteld, die in andere landen niet gelden, kan dat tot een uitstroom van talent leiden.

Er is echter ook een belangrijke andere invalshoek als het gaat over beloning en die betreft de vraag wat voor prikkels ervan uitgaan. Zo willen aandeelhouders van ondernemingen over het algemeen graag dat er sprake is van ‘alignment’ van de belangen van bestuurders en de aandeelhouders, respectievelijk dat bestuurders door middel van beloning geprikkeld worden om te streven naar (langetermijn)aandeelhouderswaarde. Het wenselijke gedrag dat zodoende met beloning gestimuleerd zou moeten worden, is dat bestuurders extra hun best doen om die langetermijnaandeelhouderswaarde te realiseren. Hierbij doen zich lastige vragen voor: laat gedrag zich op die manier goed beïnvloeden? Levert het geen ongewenste neveneffecten op? Hoe zorg je dat er een zo sterk mogelijke koppeling wordt gemaakt tussen prestatie en beloning, en hoe voorkom je – omgekeerd – dat fouten of zelfs mismanagement worden beloond door een niet goed functionerend beloningssysteem? En hoe kan één en ander met wet- en regelgeving worden bevorderd?

Door de financiële crisis is hier nog een belangrijke invalshoek aan toegevoegd. Waar aandeelhouders soms bezorgd zijn dat er te weinig prikkels zijn in de hiervoor bedoelde zin, kan men vanuit een oogpunt van risicomanagement soms ook bezorgd zijn of er te veel prikkels zijn. Zo is één van de lessen die wel uit de financiële crisis wordt getrokken, dat het beloningssysteem van veel banken en verzekeraars bestuurders en andere medewerkers heeft aanzet tot het nemen van onverantwoord grote risico's. Dit verklaart waarom regelgevers en toezichthouders sinds het uitbreken van de financiële crisis de nodige inspanningen hebben geleverd om deze effecten van met name variabele beloning te temperen en daar door middel van regelgeving beperkingen aan te stellen.

In deze bijdrage zal ik ingaan op de effecten van regelgeving op de positie van bestuurders in het licht van hun beloning. Ik zal vervolgens ook stilstaan bij de vraag in hoeverre beloning van commissarissen zich verhoudt tot hun onafhankelijkheid.

2 BESTUURDERSBELONING

2.1 *Transparantie als toermiddel?*

Na de boekhoudschandalen van onder meer Enron en Ahold zijn regelgevers in actie gekomen om het systeem van het ondernemingsrecht en het financiële recht weerbaarder te maken. Vaak beogen de nieuwe regels bepaald wenselijk (integer) gedrag te bevorderen of juist onwenselijk gedrag te ontmoedigen, en vaak zijn deze regels gericht op het vergroten van transparantie door openbaarmakingsverplichtingen in het leven te roepen. Dat zien we ook bij het onderwerp topinkomens. De wetgever houdt ook na de boekhoudschandalen expliciet vast aan het uitgangspunt dat variabele beloning een nuttige functie vervult, dat het met andere woorden een goed middel is om bestuurders te prikkelen zich te gedragen

naar het belang van de onderneming en haar aandeelhouders.¹ Maatregelen kunnen gericht zijn op het bestrijden van de uitwassen, zo lijkt de benadering te zijn. Transparantie lijkt hierbij een soort toverwoord. Het 'sunlight-effect' wordt het door Amerikanen genoemd; wat het daglicht niet kan verdragen, zal door transparantie vanzelf verdwijnen.² Het publieke debat zal voor matiging en structuurverbetering zorgen.³ De vraag is of dit soort doelen inderdaad kunnen worden bereikt met meer transparantie. Tot dusver lijkt de grotere transparantie door de onderlinge vergelijkbaarheid van inkomens eerder een opdrijvend dan een afremmend effect te hebben.⁴ Intussen kunnen bij de beoogde gedragsverandering zelf ook vraagtekens worden geplaatst. De Amerikaanse econoom Michael Jensen heeft begin jaren negentig met zijn rechtseconomische pleidooi voor variabele beloning als prikkelinstrument aan de wieg gestaan van de stormachtige ontwikkeling ervan in de jaren daarna.⁵ Inmiddels is ook hij aan de juistheid van dit uitgangspunt gaan twijfelen.⁶ De vraag is of dergelijke gedragssturing niet te complex is en of in de praktijk de mogelijkheden van misbruik wel adequaat kunnen worden uitgesloten. Het zijn vragen waar de wetgever en de juridische wetenschap zich in Nederland en Europa pas sinds de financiële crisis enigszins mee bezig zijn gaan houden.

Dit alles is illustratief voor een breder probleem. De laatste jaren laten in Nederland en Europa een explosie zien van nieuwe regelgeving op het terrein van het ondernemingsrecht, het effectenrecht en het accountantsrecht. Hoewel vaak gezegd wordt dat aan deze kant van de oceaan een model wordt nagestreefd van dialoog en harmonie, is er ook hier een onmiskenbare tendens naar strenge, meer gedetailleerde (compliance)regels. Gedragssturing is ook hierbij belangrijk. Men zou verwachten dat dan ook wordt nagedacht

1 Kabinetsreactie Code Tabaksblat, p. 15. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 27 900, nr. 5, p. 3; Kamerstukken II 2003/04, 29 449, nr. 2, p. 10. Zo ook par. 4.2 Rapport Winter. Zie verder De Groot 2005, p. 464. Ook in de VS wordt dit uitgangspunt nog altijd gehanteerd. Zie bijv. Bebchuk/Fried 2004, o.a. op p. 10 e.v.; Shiller 2012, p. 19 e.v.

2 Vgl. bijv. de kabinetsreactie Code Tabaksblat, p. 22-24. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 27 900, nr. 3, p. 5; transparantie moet volgens de regering voorkomen dat bestuurders en commissarissen zich laten leiden door hun eigen financiële belangen. Zie ook Ebke 2003, p. 173 e.v. Vgl. ook, zij het aanmerkelijk voorzichter, Ferrarini & Moloney 2004, o.a. op p. 299 e.v.; Hansmann & Kraakman 2005, p. 22 e.v.

3 Kamerstukken II 2003/04, 29 752, nr. 2, p. 20. De aandeelhoudersvergadering kreeg in dit verband de bevoegdheid het beloningsbeleid als zodanig vast te stellen en daarmee een vuist te maken jegens de ondernemingsleiding. Art. 2:135 BW en daarover Kamerstukken II 2003/04, 29 752, nr. 2, p. 14; Kamerstukken II 2001/02, 28 179, B, p. 6; nr. 31, p. 4; Kamerstukken II 2004/05, 30 189, nr. 5, p. 5; Kamerstukken II 2003/04, 29 449, nr. 1, p. 16 en nr. 2, p. 10-11. Ook op Europees niveau wordt een vergelijkbare – zij het wat verder afgezwakte – benadering gekozen. Zie de Aanbeveling van de Commissie van 14 december 2004 ter bevordering van de toepassing van een passende regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen, van 29 december 2004, Pb L385/55.

4 Zie vergelijkbare kritische kanttekeningen van de Raad van State bij de soortgelijke discussie over de topinkomens in de publieke sector en de plannen over de aanpak daarvan: Kamerstukken II 2004/05, 30 189, nr. 5, p. 3.

5 Zie Jensen & Murphy 1990, p. 225-264.

6 Jensen & Murphy 2004, o.a. op p. 22. Zie ook Bebchuk & Fried 2004, p. 4; Shiller 2012, p. 19 e.v.

over de vraag of de ontworpen regels inderdaad het gewenste effect opleveren. Er worden wel steeds vaker inschattingen gemaakt welke directe kosten regelgeving tot gevolg heeft, maar daar wordt de vraag naar gedragseffecten en onwenselijke neveneffecten nog maar nauwelijks echt bij betrokken. Er wordt uitgegaan van de rationeel handelende mens die een logische afweging maakt en zich door regelgeving en sancties laat sturen. De werkelijkheid is – uiteraard – veel weerbarstiger.

In de economie, met name in de VS, is men verder in het bestuderen van de consequenties van juist de irrationaliteit van het menselijk handelen. Voorheen ging men uit van de rationele mens en geloofde men in efficiënte financiële markten: beleggers kunnen steeds alle relevante informatie op waarde schatten en de juiste beslissingen nemen. Door de opkomst van de *Behavioral Economics* is die vooronderstelling de afgelopen decennia gedemonteerd. Deze stroming nam de cognitieve psychologie tot uitgangspunt waarin juist irrationele gedragspatronen centraal staan. Een voorbeeld is de overmoed van mensen. Het blijkt dat gebeurtenissen waarvan mensen denken dat die zich zeker zullen voordoen, slechts in 80% van de gevallen voorkomen. Terwijl omgekeerd zaken die ze voor onmogelijk houden toch nog in 20% van de gevallen gebeuren.⁷

Nauw hieraan verwant is het ‘over-optimisme’. Als mensen bijvoorbeeld gevraagd wordt een inschatting te maken van hun eigen vakkundigheid, sociale vaardigheden en humor, denkt 90% dat zij uitsteken boven het gemiddelde. Wiskundig is dat toch wat lastig. Daar komt bij dat mensen vooral gericht blijken te zijn op informatie die hun opvatting bevestigt. Daarvan afwijkende informatie wordt vaak genegeerd.⁸ Een bekende menselijke neiging is ook die van het conservatisme: mensen vinden het erg moeilijk af te stappen van een eenmaal ingenomen zienswijze, hoezeer daar ook puur logisch alle reden toe zou zijn. Zo zijn er nog vele andere gedragspatronen waar veel onderzoek naar is gedaan.

Menselijk gedrag is kortom vaak juist niet rationeel verklaarbaar. Het wordt beïnvloed door menselijke neigingen die juist niet logisch zijn en de oordeelsvorming en keuzes van mensen vertroebelen. In de *Behavioral Economics* worden deze inzichten verdisconteerd om zo een beter model te kunnen ontwerpen dat een grotere voorspellende waarde heeft. Zo kan worden aangetoond dat financiële analisten bij nieuwe positieve informatie over een onderneming sneller terugkomen op een eerder verkoopadvies, dan dat ze bij negatieve informatie terugkomen op een koopadvies. Ook laat onderzoek zien dat beleggers er wel degelijk van uitgaan dat resultaten uit het verleden garanties bieden voor de toekomst. Bij gebrek aan andere referentiepunten laten zij zich daardoor leiden, terwijl de beleggingsresultaten daar op zichzelf geen aanleiding toe geven. Ook suggereert onderzoek dat het feit dat veel bedrijfsovernames geen waarde toevoegen, te herleiden is tot overmoed en ‘over-optimisme’ van bestuurders. Zij blijken te snel uit te gaan van de juistheid van hun eigen

7 Thaler 2005, p. 667 e.v.; Kahneman 2012, p. 255 e.v.; Akerlof & Shiller 2009.

8 Thaler 2005, p. 667 e.v.

analyse over te behalen synergieën en brengen daarom te snel een te hoog bod uit op de over te nemen onderneming.

Wat betekent dit alles nu voor regelgevingsprocessen? Er is op dat vlak een groeiende behoefte aan meer heldere structuren. Ondernemingen klagen steen en been over de toenemende regeldruk, ook al is dat mogelijk deels ingegeven door koudwatervrees en weerstand tegen bijvoorbeeld veranderende machtsverhoudingen. Maar voor een ander deel is die kritiek zeker ook terecht. Het klimaat voor nieuwe regelgeving is 'gunstig': de overheid staat na de boekhoudschandalen en de economische malaise onder druk en neemt de makkelijke weg, te weten het snel ontwerpen van nieuwe strenge regels. Nu wil ik zeker niet beweren dat die nieuwe regels per definitie slecht zijn. Integendeel. Veel van die nieuwe regels behelzen een noodzakelijke modernisering van ons systeem die waarschijnlijk al veel eerder had moeten worden doorgevoerd. Alleen dreigt in de stormachtige ontwikkeling op dit moment wel het overzicht en de richting zoek te raken. Er is behoefte aan een strakker kader en duidelijkere visie over hoe ondernemerschap maximaal kan worden gestimuleerd binnen wenselijke integriteitswaarborgen. Meer aandacht voor en inzicht in de gewenste en ongewenste gedragseffecten kan daaraan bijdragen.

Dat vereist dat twee keer moet nagedacht voordat toegegeven wordt aan de sterke neiging om 'alles dicht te timmeren' met '*hard and fast rules*'. Transparantie dwingt tot meer verantwoording. Maar onderzoek laat zien dat het ook keerzijden heeft. Zo kan het leiden tot een grotere spanning tussen korte en lange termijn, denk aan kwartaalberichten. Door het toegenomen gebruik daarvan is de neiging om heel gericht te zijn op de korte termijn verder toegenomen. Ook kan transparantie tot *moral hazards* leiden. Meer verantwoordingsplicht leidt tot een machtsverschuiving. Aandeelhouders krijgen meer te vertellen, waardoor commissarissen de neiging kunnen voelen het dan maar aan hen over te laten. Dergelijke verschuivingen doen inherent afbreuk aan onderling vertrouwen als basis. Bovendien gaat de transparantiegedachte impliciet uit van een corrigerende werking door de markt die er in de praktijk lang niet altijd is. Zo was in het geval van Enron veel van de belastende informatie door de onderneming wel degelijk op voorhand openbaar, zonder dat dit tot marktcorrecties of zelfs kritische vragen had geleid. Ook bij de financiële bijsluiters zien we dat: er is meer informatie over complexe financiële producten beschikbaar, maar onderzoek toont aan dat het overgrote deel van de consumenten daar geen acht op slaat. Transparantie is kortom niet het tovermiddel waar het nogal eens voor wordt gehouden.

Moet dan maar niet meer naar transparantie worden gestreefd? Dat is niet gezegd. Transparantie is een krachtig middel dat niet altijd goed te controleren is en even krachtige onwenselijke neveneffecten kan hebben op het gedrag van mensen. Het moet dus onderdeel zijn van een doordacht normenkader waarbij een goede balans bestaat tussen verantwoording en onderling vertrouwen om zodoende optimale gedragseffecten te bereiken. De juridische en economische wetenschap hebben een belangrijke rol om die balans te vinden. Regelgevers zullen gedragseffecten daarbij nadrukkelijker moeten adresseren.

Voor zover een regel een gedragseffect beoogt, dient een helder omschreven doel te worden geformuleerd en een duidelijk toetsbare hypothese te worden gesteld over te verwachten gedragseffecten en ongewenste neveneffecten. Vervolgens zal na enige tijd geëvalueerd moeten worden of de hypothese juist blijkt te zijn dan wel of bijsturing noodzakelijk is. Ook hierbij is nader onderzoek onontbeerlijk. Kijkend bijvoorbeeld naar analyses over de boekhoudschandalen, kan worden geconstateerd dat er een veelheid is aan meningen, maar een tekort aan grondig empirisch onderzoek. Hoe minder feiten, hoe meer theorieën, zegt een oud Chinees gezegde. Kort gezegd: snelle, ogenschijnlijk krachtige oplossingen geven op de korte termijn misschien een bevredigend gevoel. We kunnen hierin gemakkelijk bedrogen uitkomen en erachter komen dat het beloofde heilzame effect slechts een illusie bleek.

2.2 *Opnieuw nieuwe regelgeving*

Zoals gezegd, wordt er opnieuw gedebatteerd over nieuwe regelgeving ten aanzien van de bestuurdersbeloning. Wederom onder druk van de publieke opinie en de media wordt de roep hierom sterker en zullen maatregelen ongetwijfeld niet uitblijven. De loonontwikkeling van topinkomens moet worden afgeremd en bestuurders moeten betere *incentives* krijgen, meer gericht op lange termijn/duurzaamheid dan korte termijn/snelle winst.⁹ Positief is dat hierbij ook vaker gebruik wordt gemaakt van onderzoek naar de daadwerkelijke relatie tussen prestatie en beloning. Te wijzen valt bijvoorbeeld op het advies van de zogeheten Raad van Economische Adviseurs (REA) van 25 september 2007 over ‘Van de verdeling komt de winst’.¹⁰

De REA trekt een aantal harde conclusies over de ontwikkeling van de topinkomens. Zo is de REA kritisch over het veel gehoorde tegenargument dat in een steeds verder globaliserende wereld Nederlandse ondernemingen geen keuze hebben dan mee te gaan in de wereldwijde trend van steeds hogere topinkomens. De REA stelt dat de internationale mobiliteit van topmanagers beperkt is, aangezien de meerderheid nog altijd afkomstig is uit het land van herkomst. Bovendien zijn de landenverschillen groot, zij het dat daarbij dan vooral gekeken lijkt te worden naar niet-Anglo-Amerikaanse markten versus Engeland

9 Zie in die zin het Tweede Kamerdebat van 11 april 2007 over topinkomens in de private sector. Vgl. ook de kabinetsreactie Code Tabaksblat (Kamerstukken II 2003/04, 29 449, nr. 1), p. 11 e.v. Vgl. verder punt 3 van de verantwoording bij de Corporate Governance Code. Zie ook Bertrand & Mullainathan 2001, p. 901-932; Jensen & Murphy 2004, p. 22. Laatstgenoemden beschouwen corporate governance en beloning als ‘highly inter-related’. Het onderwerp behoort, aldus de regering in de Nota Modernisering Ondernemingsrecht, tot het vraagstuk van integriteit, zij het dat ervoor wordt gewaarschuwd dat regels fraude niet zullen kunnen voorkomen. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 752, nr. 2, p. 13-14; Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 31, p. 6 en nr. 52, o.m. op p. 8.

10 De REA is een onafhankelijke raad die de Tweede Kamer gevraagd en ongevraagd advies geeft over financieel-economische aangelegenheden die het maatschappelijk belang raken.

en Amerika. Maar interessant voor het onderwerp van dit artikel is vooral dat de REA van oordeel is dat de koppeling tussen prestaties en beloning zoek is en dat de oorzaak daarvan primair een falende *corporate governance* is. Een mogelijk alternatieve verklaring voor de sterke stijging van topinkomens, zo stelt de REA in een echo van het bekende onderzoek van Bebchuk en Fried over *Pay without Performance* (2004), is dat topmanagers de macht bezitten om hun eigen beloningspakket samen te stellen. *'Een effectieve tegenmacht ontbreekt. De toezichtstructuur kraakt. Hiermee zijn de belangen van de aandeelhouder noch werknemer op de lange termijn gediend'*, aldus de REA. De raad stelt dat zelfregulering niet werkt en geeft aan dat de overheid zelf perk en paal moet stellen aan de onevenwichtigheid.

Het is positief dat meer dan voorheen gebruikgemaakt lijkt te worden van onderzoeken over topinkomens alvorens wettelijke maatregelen worden afgekondigd. Toch heb ik de indruk dat deze toch al zo beladen discussie nog altijd danig wordt vertroebeld door oneigenlijke elementen, zoals opportunisme en incidentalisme. Ook wordt het debat over de juiste prikkels voor bestuurders constant verstoord door het meer aandacht trekkende debat over de enkele hoogte van beloningen. Abstraherend van dat alles en van de ontwikkeling van de markt zelf, is nog geen duidelijk antwoord gevonden op de vraag of variabele beloning heeft gebracht wat zij beloofde: een echte *'alignment of interests'* tussen bestuurders en aandeelhouders en de vennootschap. Dat veronderstelt dat een bestuurder met een agressief variabel beloningspakket beter zijn best doet om de onderneming goed te laten presteren dan een bestuurder die alleen maar een vast salaris ontvangt. Is dat nu echt zo? Onderzoek suggereert dat managers vanuit over-optimisme vaak al denken dat ze bezig zijn de waarde van de onderneming te vergroten – zelfs als dat niet het geval is – en dat variabele beloning hun gedrag daarom niet zal veranderen.¹¹ Kan bestuurdersgedrag überhaupt adequaat worden gestuurd, zonder het meteen teniet te doen vanwege ongewenst kortetermijn- en manipulatiegedrag dat tegelijkertijd wordt bevorderd?¹² Misschien is *'alignment of interests'* als ratio voor variabele beloning een illusie. Het lijkt gerechtvaardigd een debat te voeren over herbezinning van variabele beloning *'as such'* mede in het licht wat managers nu werkelijk motiveert en welke omgevingsfactoren bepalend zijn voor hun gedrag.¹³

11 Thaler 2005, p. 62. Zie ook p. 667 e.v. Vgl. ook Conyon & Murphy 2002, p. 625 e.v. waar zij laten zien dat de onderzoeksgegevens over de laatste decennia twijfels doen rijzen naar het verband tussen variabele beloning en prestaties van de onderneming. Zie ook Bebchuk & Fried 2004, p. 6 e.v. Zie verder Kahneman 2012, p. 216.

12 Jensen & Murphy 2004, p. 18: CEO's proberen kortetermijnkoersen te verhogen ten koste van langetermijnwaardegroei.

13 Dat een eerder debat n.a.v. de regel in de concept Code Tabaksblad dat het variabele gedeelte van de beloning slechts 50% mag zijn op niets is uitgelopen, doet daaraan m.i. geen afbreuk. Bij die gelegenheid heeft geen debat plaatsgevonden over de effectiviteit van de huidige beloningssystematiek zoals hier besproken. Zie hierover punt 33 van de Verantwoording bij de Code Corporate Governance. Vgl. verder Skeel 2005, p. 204 e.v.; Bebchuk & Fried 2004, die betogen dat het kernprobleem bij bestuurdersbeloning is dat deze bij gebreke

Bovendien is de vraag of het probleem van malversaties of onwenselijke praktijken die het gevolg zouden zijn van beloning niet nog veel breder is en dieper zit. De vraag is of wij *corporate governance* in het algemeen niet te formalistisch benaderen. Of we niet – bij gebreke van iets beters – te zeer proberen menselijk gedrag te reguleren door formele regels. Kijk bijvoorbeeld naar de voorbeeldfunctie van Chief Executive Officers (CEO's). In managementonderzoek wordt al veel langer gewerkt met psychologische analyses. Verschillende onderzoeken laten zien dat de invloed van CEO's op de cultuur – en daarmee het gedrag – binnen de organisatie in het algemeen groot is.¹⁴ Meer in het algemeen blijkt uit psychologisch onderzoek dat gedrag van medewerkers binnen een organisatie vaak veel meer dan men denkt bepaald wordt door omgevingsfactoren, dan hoe de persoon in kwestie zelf is.¹⁵ In dit licht is ook de vraag relevant welke omgevingsfactoren verantwoordelijk zijn voor het soort van super-CEO's – of 'celebrity CEO's zoals Skeel ze noemt'¹⁶ – die eind jaren negentig vermoedelijk een groot aandeel hadden in het ontstaan van de boekhoudschandalen.¹⁷ Het betreft hier zeer charismatische CEO's, vaak met een financiële achtergrond, die ondernemingen in de toenmalige hausse bestuurden als financiële producten en daarbij op handen gedragen werden door de financiële markt en media.¹⁸

Wordt het niet tijd dat we erkennen dat dit soort 'softe factoren' als cultuur binnen het bedrijf en binnen het bestuur zo wezenlijk zijn voor integriteitsbevordering in het ondernemingsrecht, dat we daar ook juridisch iets mee moeten? Is het koesteren en bevorderen van voorbeeldgedrag door het bestuur niet iets waar de raad van commissarissen nadrukkelijk op moet sturen? Zouden RvC, aandeelhouders, analisten en misschien zelfs accountants niet nadrukkelijker bedacht moeten zijn op omgevingsfactoren die narcisme bevorderen en daarop moeten monitoren? Zou het effectief zijn als zij hiertoe in de Code Tabaksblat expliciet aangezet worden? Dit wordt wellicht makkelijk weggewuifd als 'luchtftietserij' en 'daar kunnen we niets mee', maar wie naar psychologisch onderzoek kijkt, zal aanknopingspunten vinden dat dit soort factoren mogelijk zelfs een grotere invloed hebben op integriteit dan het naleven van talloze formele 'compliance-regels'. Het is dan opmerkelijk dat zoveel tijd besteed wordt aan het laatste en zo weinig aan het eerste. Misschien zou 'cultuurmanagement' gezien de grote invloed op de organisatie, zowel wat integriteit als prestatievermogen betreft, wat minder vrijblijvend moeten worden.¹⁹ Naar aanleiding van de financiële crisis wordt overigens in het toezichtrecht wel degelijk meer

van werkelijk 'arm's-length'-onderhandelingen niet op de juiste wijze tot stand komt. Zie ook Shiller 2012, p. 19 e.v.

14 Zie daarover bijv. Jansen 2003, p. 336. Vgl. ook het populaire managementboek van Covey 2003, p. 172 e.v. over het belang van integer gedrag van managers in een organisatie.

15 Zie Jansen 2003, p. 19 e.v.

16 Skeel 2005, p. 151.

17 Vgl. Skeel 2005, o.a. op p. 6 e.v.

18 Vgl. ook Smit 2004, p. 296 e.v.

19 Vgl. Musschenga 2004, p. 170 e.v.; Skeel 2005, p. 170 e.v.; Shiller 2012, p. 19 e.v.

aandacht besteed aan de ‘softe factoren’ als gedrag en cultuur. Voor De Nederlandsche Bank is dit een belangrijk speerpunt in haar toezicht geworden. Hoezeer het van belang is dat voor dat onderwerp meer aandacht is, is het tegelijkertijd mijns inziens de vraag of het aan externe toezichthouders is om daarvoor vergaand beleid op te stellen. Ten eerste is het eigen aan deze factoren dat ze lastig in concrete regels zijn te vatten en dat er derhalve lastig toezicht op uit te oefenen is. Ten tweede behoort dit naar mijn mening bij uitstek bij de eigen verantwoordelijkheid van besturen en raden van commissarissen. Dat een externe toezichthouder hen daar uiteraard over om verantwoording kan vragen, doet daaraan geen afbreuk.

Ik wil overigens benadrukken dat formele regels niet zinloos zijn. Ik zeg alleen dat zij mogelijk slechts een betrekkelijk beperkt effect hebben op het gedrag van de mensen dat ze beogen te reguleren. Meer aandacht voor de ‘softe’, materiële factoren kan een nuttige aanvulling zijn op die regels en kan helpen om daadwerkelijk een veel robuustere *governance* van Nederlandse ondernemingen te ontwikkelen.²⁰

3 COMMISSARISSENBELONING

3.1 Inleiding

In het debat over topinkomens wordt de beloning van commissarissen vaak in één adem genoemd met die van bestuurders. Het is de vraag of dat terecht is. Commissarissen hebben een andere rol binnen de *governance* van beursondernemingen en bovendien zien we hier een heel andere ontwikkeling. Weliswaar is er ook een stijging zichtbaar in de beloning van de commissarissen, maar die gaat ook gepaard met een veranderende taak van de raad van commissarissen. Interessant hierbij is de discussie of bij die veranderende taak niet ook gedacht moet worden over het verruimen van de mogelijkheden om commissarissen – net als bestuurders – te belonen met vormen van variabele beloning. Op het eerste gezicht lijkt dit in strijd met de onafhankelijkheid van hun positie, maar de vraag is of dit niet een te ongenueanceerde benadering is. Ik zal bij deze vraag hierna stilstaan, aangezien de discussie de kern raakt van de taak van de commissaris in het systeem van *checks & balances* binnen de onderneming en de vraag welke rol beloning daarbij moet spelen en daarbij ook welke prikkels er zijn voor commissarissen en of die prikkels hen helpen of juist belemmeren in het uitoefenen van hun taak.²¹ Voordat ik aan die vragen toekom, ga ik eerst in op het onderwerp van resultaatafhankelijke beloning als zodanig.

20 Vgl. ook de zgn. Hermes Principles van 2002 (hermes.co.uk), waarin de Engelse institutionele belegger Hermes een meer materiële benadering van de hele governance-discussie voorstaat.

21 Zie uitgebreider Raaijmakers 2007, p. 35 e.v.

3.2 *Resultaatafhankelijke beloning voor de commissaris?*

De vraag of het wenselijk is commissarissen variabel, resultaatgerelateerd te belonen, is onlosmakelijk verbonden met de bredere vraag naar de rol, taken en verantwoordelijkheden van de commissaris. Die rol is minder duidelijk dan wel wordt verondersteld en het debat over de beloning legt dat bloot. Het bevreemdt dan ook allerm minst dat al heel lang wordt gediscussieerd over de taak en rol van commissarissen. Heeft hij (ook) een maatschappelijke functie? Of is hij, zoals vaak wordt gesteld, slechts de 'vriend van het bestuur'? Is hij, anders gezegd, vertrouwensfiguur van het bestuur of juist van de aandeelhoudersvergadering (AvA), de beleggers of zelfs van 'het publiek'? Het zijn vragen waar al in de eerste helft van de vorige eeuw over werd gedebatteerd.²² In het rapport van de commissie-Verdam werd zelfs de introductie van een 'commissaris algemeen belang' voorgesteld. De discussies die hebben geleid tot invoering van het structuurregime hebben – in deze ontwikkeling – ook geleid tot de invoering (in 1971) van de huidige wettelijke gedragsnorm voor commissarissen van artikel 2:140/250 BW. Van stond af aan had die opdracht een tweeslachtig karakter. Niet alleen moet de raad immers 'toezicht (...) houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'. Ook staat hij 'het bestuur met raad ter zijde'. Bij de vervulling van zijn taak moeten de commissarissen zich bovendien niet laten leiden door deelbelangen, maar zich richten 'naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'.

Het was een soort toverformule die nadien onderwerp bleef van veel discussies. Wat is 'het vennootschappelijk belang'? Hoe is de overheidscommissaris met het concept van onafhankelijkheid te verenigen?²³ Hoe kan een commissaris twee heren tegelijkertijd dienen, het bestuur én de aandeelhouders?²⁴ Hierbij moet worden opgemerkt dat een RvC in besloten verhoudingen uiteraard een andere positie inneemt dan in open beursondernemingen met sterk gespreid aandelenbezit. Anders echter dan men mogelijk zou verwachten, fungeert de RvC in besloten verhoudingen in het algemeen sterker als 'vertegenwoordiger' van aandeelhouders dan in beursondernemingen. De praktijk laat zien dat de RvC in besloten verhoudingen vaak geheel of ten dele bestaat uit aandeelhoudersvertegenwoordigers, terwijl in open verhoudingen de RvC juist dicht bij het bestuur staat en min of meer tegenover de aandeelhouders, althans dat is de perceptie van velen. Hierbij past de kanttekening dat het werk van commissarissen in de regel niet zichtbaar is en zij pas *face to face*-verantwoording afleggen aan aandeelhouders over hun eerdere taakvervulling. De perceptie blijft echter, terecht of onterecht, sterk.²⁵

22 Zie daarover bijv. Van der Grinten 2004, p. 547 e.v.; Den Boogert 2005, p. 252 e.v.

23 Zie daarover bijv. Honée 1984, p. 105 e.v.

24 Vgl. o.m. Honnée 1996, p. 276 e.v.

25 Vgl. hierover ook Den Boogert 2005, p. 252 e.v.

Dat commissarissen na de boekhoudschandalen als spil van het ‘old boys network’ veel kritiek kregen, was dan ook niet verbazingwekkend. Verschillende ideeën voor een principeel nieuwe invulling van hun rol werden gelanceerd, zoals het voorstel om de impasse te doorbreken door de adviserende rol van de RvC onder te brengen bij nieuw in te stellen non-executieve leden van de raad van bestuur en de toezichthoudende rol te laten bij een afzonderlijke RvC.²⁶ ‘Tabaksblad’ koos een andere weg. In de *Corporate Governance Code* wordt de rol van de RvC in het Nederlandse *governance*-systeem aanzienlijk verzwakt. Velen zien hierin een verschuiving naar een *one-tier*-model, zodat wij inmiddels bij een *1,5-tier* zijn beland.²⁷ Toch legt de Code ook sterk de nadruk op de onafhankelijkheid van de commissaris, een lijn die ook de Europese Commissie stimuleert.²⁸ De rol van de commissarissen wordt ook door andere ontwikkelingen verzwakt, vooral door een steeds grotere verantwoordingsplicht en nadruk op medeverantwoordelijkheid.²⁹ Commissarissen gaan strenger en zichtbaarder optreden, mede onder invloed van overheidstoezichthouders en de rechterlijke macht.

Dit wordt geïllustreerd door ontwikkelingen als het besluit van De Nederlandsche Bank om in de zomer van 2006 het vertrouwen in de CEO van een bank op te zeggen en daarmee impliciet de RvC te ‘overrulen’ die van mening was dat de *compliance*-fouten met een interne boete konden worden afgedaan,³⁰ de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de Ahold-strafzaak dat het onbegrijpelijk is en onbehoorlijke taakvervulling oplevert als een lid van het *audit committee* en van de RvC de managementletters niet bestudeert,³¹ en het scherpere toezicht dat de Ondernemingskamer verwachtte van de commissarissen in een cruciale en kwetsbare periode voor de bewuste vennootschap in de Laurus-uitspraak.³² Dat die signalen het handelen van commissarissen beïnvloeden, zien wij in het snellere gebruik van hun bevoegdheid om bestuursleden te ontslaan, een afnemende tolerantie en de facto een sterkere invloed. Nog in 2000 schreef Maeijer:

‘De raad van commissarissen [dient] niet, zoals soms ten onrechte wordt aangenomen, (...) op te treden als een soort super-bestuur dat hiërarchisch staat boven het bestuur. (...) Een voortdurend toezicht op het dagelijks beleid van het bestuur

26 J.G. Wissema, Fd 28 augustus 2003.

27 Vgl. Beckman 2005, p. 251; Van den Hoek 2005, p. 344. Zie uitgebreid over de juridische verschillen tussen het one-tier- en het two-tier-model Dumoulin 2005, p. 266 e.v.

28 Aanbeveling van de Commissie van 15 februari 2005 betreffende de taak van niet bij het dagelijks bestuur betrokken bestuurders of commissarissen van beursgenoteerde ondernemingen en betreffende de comités van de raad van bestuur of van de raad van commissarissen (2005/162/EG), Pb L. 52/51 van 25 februari 2005.

29 Die ook direct of indirect wordt beïnvloed door SoX. Zie daarover Van Ginneken 2004, p. 152 e.v.

30 DNB stuurt topman van zakenbank Kempen weg, Fd 28 augustus 2006.

31 Rb. Amsterdam 22 mei 2006, 13/993038-04, r.o. 4.4.

32 Zij het dat de Hoge Raad de uitspraak uiteindelijk vernietigde, overigens zonder inhoudelijk op dit punt in te gaan: HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 m.nt. G. van Solinge.

*behoort niet tot de taak van de raad van commissarissen; het is in de praktijk ook niet te realiseren.*³³

Die stelling lijkt snel achterhaald te worden door de feiten.

De ambivalente positie van commissarissen tussen bestuur en AvA is echter nog steeds onopgelost. Tabaksblat maakte niet een echte keuze. Door enerzijds de afstand van de RvC tot het bestuur te verkleinen en anderzijds in het belang van de aandeelhouders en de vennootschap de afstand te vergroten door een sterke nadruk op hun onafhankelijke positie, leidt die ambivalentie tot een nauwelijks uitvoerbare opdracht. Den Boogert sprak over 'een verknipte figuur'³⁴ en bepleit alsnog een duidelijke keuze voor meer afstand tussen bestuur en RvC. Commissarissen moeten volgens hem ontvankelijker zijn voor de behoeften van aandeelhouders aan toezicht en verantwoording.³⁵ Kiezen zij anders, dan zal zijns inziens het zwaartepunt van de zeggenschapsuitoefening door aandeelhouders zich verplaatsen naar gremia buiten de AvA en wordt de besluitvorming ongrijpbaar. We zouden de facto opschuiven naar een *one-tier*-model, waarbij het er niet meer toe doet wat de functionele benamingen zijn voor de hoedanigheden van de betrokken personen waarvan men zich dan nog wenst te bedienen. Ik betwijfel echter of die ontwikkeling nog af te wenden is en of het zinvol is daarop de aandacht te richten.

Checks & balances kunnen vele vormen en maten hebben. Het ene model is niet noodzakelijk beter dan het andere.³⁶ Krachten en tegenkrachten moeten elkaar in een werkbare en vruchtbare verhouding in evenwicht houden. Lange tijd zochten wij die in Nederland tussen bestuur en RvC, met name in open verhoudingen en beursvennootschappen. De vraag is of dat inmiddels nog afdoende werkt. De internationalisering van ondernemingen en financiële markten veroorzaakt een sterke druk om ons te conformeren aan breed in de westerse wereld geaccepteerde *best practice*-standaarden. Eén daarvan is de *one-tier-board*. *Two-tier-boards* komen nog slechts in enkele westerse landen voor.³⁷ Ik wil de debatten over de voor- en nadelen van de twee modellen³⁸ niet bagatelliseren, maar toch is die ontwikkeling op zichzelf reeds een belangrijke drijfveer voor ondernemingen om op te schuiven naar een *one-tier*-systeem. Nog belangrijker is dat aandeelhouders steeds meer zelf de leiding van ondernemingen gaan monitoren en hun invloed gebruiken als zij daar aanleiding toe zien. Aandeelhouders worden mondiger, hebben minder geduld,

33 Asser-Maeijer 2-III, tweede druk (2000), nr. 341. Zie in vergelijkbare zin M.J.G.C. Raaijmakers 1991, p. 175 e.v.

34 Den Boogert 2005, p. 252-254.

35 Den Boogert 2005, p. 256.

36 Vgl. Shleifer & Vishny 1997; Hopt & Leyens 2005.

37 Vgl. Pitlo-Raaijmakers 2006, p. 404.

38 Zie bijv. Graziano & Luporini 2005; Van Lede 2005, p. 258 e.v., die overigens opmerkt dat de verschillen tussen de beide modellen in de praktijk niet overdreven moeten worden.

manifesteren zich nadrukkelijk wanneer zij vinden dat de onderneming – in hun ogen – onjuiste keuzes maakt en maken steeds meer daadwerkelijk gebruik van hun rechten. Hetzelfde geldt voor de AFM als overheidstoezichthouder, hetgeen in mijn ogen overigens een minder wenselijke ontwikkeling is. De AFM zou in mijn ogen meer op de achtergrond dienen te blijven voor het geval de dialoog tussen aandeelhouders en onderneming ontoereikende resultaten oplevert.³⁹

Het is een internationale en voorsnog onomkeerbare ontwikkeling.⁴⁰ Natuurlijk moet misbruik van rechten door aandeelhouders worden voorkomen en ik sluit niet uit dat daarom de spelregels op sommige punten aangescherpt worden. Intussen lijkt de ontwikkeling wel degelijk de disciplinerende effecten te hebben die ervan werden verwacht.⁴¹ Als ‘*residual claimants*’ lijken die aandeelhouders ook beter geschikt om die rol te vervullen dan de RvC, vooral gelet op de grote afstand tussen ondernemingsleiding en aandeelhouders in beursvennootschappen. Dat het spel zich dan vaak buiten de AvA afspeelt, zie ik niet als een groot bezwaar. Het sluit aan bij de internationale ontwikkelingen: in de meeste westerse landen is dat gebruikelijk en wordt dat vaak actief bevorderd. Marktmissbruikregels behoren te worden nageleefd, maar ook dat is elders geen belemmering. Ik zou dan ook willen bepleiten aandeelhouders de mogelijkheid te geven hun actieve rol nader in te vullen en er vooral op te letten of de ‘randvoorwaarden’ (de spelregels) adequaat zijn. Tegelijk kan de RvC zich dan ontwikkelen naar een *one-tier-board* met de daarmee gepaard gaande veranderingen, zoals een zwaardere rol voor de ‘*chairman*’ en groter wordende risico’s voor aansprakelijkheid.

3.3 Aantasting van onafhankelijkheid?

Welke invloed heeft dit op de onafhankelijkheid van commissarissen?⁴² Die vraag leidt tot enkele kanttekeningen. Ten eerste neemt het belang van een sterk afstandelijke positie en een onafhankelijke opstelling af. Dat gebeurt al in de praktijk, maar het moet nadrukkelijker onder- en erkend worden. Ten tweede zijn er zekere aanwijzingen dat het hebben van onafhankelijke non-executieve bestuurders of commissarissen bepaald geen garantie is voor betere resultaten van de onderneming.⁴³ Maar veel belangrijker is in dit verband dat ‘echte’ onafhankelijkheid goeddeels illusoir en moeilijk grijpbaar zal blijven. Zeker is het nuttig vast te stellen dat er geen familierelaties bestaan tussen bestuurders en commissaris-

39 Zie uitgebreider Raaijmakers 2006, p. 4 e.v. Zie over de rol van de AFM verder Timmerman 2005, p. 204 e.v.

40 Zie ook Raaijmakers 2006, p. 522 e.v.

41 Vgl. Maatman & Raaijmakers 2006, p. 256 e.v.; zie anders Slagter 2006, p. 999 e.v.

42 Ferrarini & Moloney spreken over een inherente trade-off tussen onafhankelijkheid en incentives: Ferrarini & Moloney 2004, p. 302-303.

43 Zie daarover Ferrarini & Moloney 2004, p. 302; Kroeze 2005, p. 275-276.

sen of dat sprake is van andere objectief vaststelbare afhankelijkheidsrelaties die het oordeel van commissarissen zouden kunnen beïnvloeden. Maar dat is slechts een ‘papieren onafhankelijkheid’ (*ex ante*) die nadien allerminst waarborgt dat de betrokken commissaris zich daadwerkelijk onafhankelijk opstelt jegens het bestuur. Kroeze beschreef dit eerder treffend: ‘Het voordeel van een formele definitie is dat zij op eenvoudige wijze objectief toetsbaar is. Het nadeel is dat zij lang niet altijd recht doet aan de werkelijkheid.’⁴⁴ Vaak ondergraven psychologische processen een dergelijke onafhankelijke opstelling. Men denke aan het verschijnsel dat betrokkenen gedurende een proces geleidelijk zodanig gecommitteerd raken, dat een ‘waardenvrij’ eindoordeel belemmerd wordt of aan de uit ‘group think’ voortkomende drang zich te conformeren aan de wens en het oordeel van de meerderheid.⁴⁵

Deze problemen zijn niet op te lossen met enkele ‘eenvoudige’ formele (en *ex ante*) onafhankelijkheidscriteria. Kroeze benadrukt in dit verband dat commissarissen die formeel niet-onafhankelijk zijn heel onafhankelijk kunnen opereren en commissarissen die formeel onafhankelijk zijn in sommige gevallen juist niet goed in staat zullen zijn om onafhankelijk te opereren. Er is behoefte aan een nader debat over de vraag wat we nu precies verwachten van commissarissen in verschillende situaties. Daarbij is vooral hun verhouding tot de uitvoerend bestuurders van groot belang. In dit licht is de wijze waarop de beloning van commissarissen wordt vastgesteld veel bepalender voor de vraag of zij zich onafhankelijk van bestuurders kunnen opstellen, dan de vorm ervan. Zoals ook Bebchuck en Fried al voor de Amerikaanse situatie lieten zien, dient met name de invloed van bestuurders op de totstandkoming van de bezoldiging van hun eigen toezichthouders onderwerp van onderzoek en zorg te zijn, of deze nu uit vaste of variabele elementen bestaat.⁴⁶

3.4 Wat betekent dit voor beloning?

Het voorgaande leidt niet vanzelfsprekend tot de conclusie dat commissarissen variabel moeten worden beloond. Daaraan blijven bezwaren kleven. Er zijn wetenschappelijke, vooral gedragsrechtelijke twijfels of hedendaagse beloningsstelsels wel een positieve prikkel bieden tot betere prestaties.⁴⁷ Het blijkt lastig een beloningsstelsel te ontwerpen dat wel

44 Kroeze 2005, p. 274.

45 Zie daarover Bebchuck & Fried 2004, p. 27 e.v.; Kroeze 2005, p. 272 e.v.; Raaijmakers 2006, p. 31 e.v. Zie ook Section A.3.1 van de Combined Code. Vgl. verder J. Smit, Het drama Ahold, 2004, p. 227 e.v. waar beschreven wordt hoe er op zeker moment binnen de raad van bestuur van Ahold feitelijk geen critici meer waren t.o.v. de CEO. Zie over dit principe van ‘groupthink’ o.m. Jansen 2003, p. 151 e.v.; Marmet & Meyer 2004, p. 14 e.v.; Schermerhorn & Hunt/Osborn 2005, p. 192 e.v.; Aronson, Wilson & Akert 2005, p. 284 e.v. Vgl. ook Musschenga 2004, p. 152 e.v.; Welch 2005, p. 25 e.v.

46 Bebchuck & Fried 2004, p. 205 e.v.

47 Zie Thaler 2005, p. 62. Zie ook p. 667 e.v. Vgl. ook Conyon & Murphy 2002, p. 625 e.v. waar zij laten zien dat de onderzoeksgegevens over de laatste decennia twijfels doen rijzen naar het verband tussen variabele beloning en prestaties van de onderneming. Zie ook R. Crespi e.a. in dezelfde bundel, p. 647 e.v. Zie verder Bebchuck & Fried 2004, p. 6 e.v.; Cools 2005, p. 81 e.v.; Raaijmakers 2006, p. 30 e.v.

aan die voorwaarde voldoet zonder dat tegelijk ongewenst kortetermijn- en manipulatief gedrag in de hand wordt gewerkt.⁴⁸ Het is belangrijk vast te stellen dat dit alles niet alleen voor de bestuurders- maar ook voor de commissarissenbeloning geldt. Voor beide moet worden vastgesteld hoe adequate koppeling van resultaat aan beloning een daadwerkelijke ‘alignment’ kan bewerkstelligen. Variabele beloning blijft, zoals hiervoor al is opgemerkt, intussen voor velen gelden als een belangrijk beloningsinstrument. In de markt voor top-talent is het een gegeven dat naar verwachting niet op korte termijn zal verdwijnen. Van belang is verder dat vormen van variabele beloning van non-executieve bestuurders en commissarissen elders in de westerse wereld steeds meer gezien wordt als een belangrijke beloningscomponent, ook al is er ook daar discussie. Ook in Nederland stijgt de beloning van RvC-leden, zij het dat die ontwikkeling zich vooralsnog voornamelijk tot vaste beloningen beperkt.⁴⁹

Voor een goed beloningsstelsel voor bestuurders zijn drie doelstellingen van belang: *recruit, retain, en motivate*.⁵⁰ Voor commissarissen en non-executives is dit in beginsel niet anders, als speelt voor hen in de regel de niet-geldelijke reputatiebeloning een belangrijke rol.⁵¹ Net als bij bestuurders is er bovendien een duidelijke toename van het aantal buitenlanders als commissarissen van Nederlandse ondernemingen.⁵² Een goed beloningsstelsel behoeft mede in dit verband duidelijke randvoorwaarden. Duidelijkheid, eenvoud, herkenbaarheid in internationaal verband, en een zo rechtstreeks mogelijke, niet vertroebelde koppeling aan resultaat, zijn hierbij cruciaal.⁵³ Wenst men variabele beloning voor commissarissen, dan moet gekozen worden tussen geschikte en minder geschikte vormen. Denkbaar is bijvoorbeeld de beschreven Engelse variant waarin opties als onwenselijk worden beschouwd, maar beloning in aandelen in beginsel niet, omdat opties te veel gepaard gaan met een gerichtheid op de korte termijn.⁵⁴ De ontwikkelingen in het buitenland en de ontwikkeling van het Nederlandse systeem naar een *one-tier-board* noopt er mijns inziens hoe dan ook toe de terughoudendheid tegenover aandelenbezit door commissarissen te heroverwegen. Niet wenselijk lijken mij beloningen die specifiek gerelateerd worden aan het slagen van een fusie- of overnameproces. Dat spreekt zelfs al bij bestuurders niet zonder meer voor zich nu men zich kan afvragen of dat te verenigen valt

48 Zie daarover bijv. Jensen & Murphy 2004, p. 18: CEO's proberen kortetermijnkoersen te verhogen ten koste van langetermijnwaardegroei. Vgl. ook Cools 2005, p. 81 e.v., zij het dat hij de situatie ‘niet hopeloos’ acht.

49 Vgl. Grapperhaus & Visser, Aantek. C.3; Santen/Beek 2006.

50 Zie Executive Remuneration – A Caucus Race?, A Report to the International Corporate Governance Network, www.icgn.org, juli 2002, pt. 13 en 16 e.v.

51 Vgl. Bebchuck & Fried 2004, p. 25.

52 Abma 2006, p. 169-170.

53 Vgl. Rapport van de Monitoring Commissie van december 2005; Eumedion Aanbeveling betreffende bestuurdersbezoldiging van 25 oktober 2006. Vgl. verder Van Slooten 2005, p. 261 e.v., waar hij o.m. ingaat op de implicaties van de OK-uitspraken over beloning inzake RNA, Getronics en Ahold.

54 Zie in die zin ook voor het Engelse systeem Mallin 2004, p. 114. Vgl. verder Ferrarini & Moloney 2004, p. 296-297.

met hun fiduciaire verantwoordelijkheid om te handelen in het belang van de onderneming en haar aandeelhouders.⁵⁵

Internationale ontwikkelingen plaatsen ondernemingen voor keuzes. De druk vanuit financiële markten zich te conformeren aan herkenbare *best practice*-standaarden is groot. Dit geldt zowel voor de ontwikkeling naar een *one-tier-board* als voor de daarmee samenhangende wijze van beloning. De zoektocht naar ondernemingsrechtelijke vernieuwingen die een flexibel investeringsklimaat bevorderen, zou gebaat zijn met meer onderzoek naar de vraag of, in de beschreven internationale ontwikkelingen, resultaatgerelateerde beloningen de vereiste mate van onafhankelijkheid van toezichthouders ondergraven. Het bredere kader van sterker wordende aandeelhouders en de AFM die een belangrijke monitorende functie vervullen, zou daar nadrukkelijk bij betrokken dienen te worden. Naar mijn mening dienen wij ons in de verdere bezinning op de rol van commissarissen vooral te concentreren op hun functioneren en verhouding tot het bestuur en minder op een met hun veranderende rol moeilijk te verenigen en ook moeilijk te bereiken ideaalbeeld van een onafhankelijk instituut. Dat is ook steeds minder nodig, omdat aandeelhouders en ook de AFM al bezig zijn die ‘toezichtsleemte’ op te vullen.

4 SLOT

Zowel bestuurdersbeloning als commissarissenbeloning staan in de belangstelling. Op het eerste gezicht lijken de onderwerpen verschillend. Bij de bestuurder gaat de discussie over de grote stijging die dergelijke beloningen hebben laten zien over de afgelopen jaren en de vraag of daarbij de relatie tussen prestatie en beloning niet is zoekgeraakt. Bij commissarissen gaat de discussie meer over hun veranderende rol en de vraag of de wijze van beloning in Nederland daar nog wel bij aansluit. Daar is de perceptie eerder dat die beloning te laag zou zijn om voldoende te kunnen concurreren met het buitenland en wordt steeds vaker openlijk de vraag gesteld of we niet in navolging van met name de Verenigde Staten ruimte zouden moeten bieden voor variabele beloning van commissarissen.

De discussies hebben echter gemeen dat deze zich te veel lijken toe te spitsen op het toepassen van formele regels over bijvoorbeeld de vraag wanneer een commissaris ‘op papier’ geacht kan worden wel of niet onafhankelijk te zijn. Er is, zo heb ik geprobeerd aan te geven, behoefte aan diepgaander onderzoek over de meer ‘softe factoren’ die van invloed zijn op het gedrag van bestuurders en commissarissen. Daarbij kan worden gedacht aan bedrijfscultuur, maar ook aan gedragspsychologische processen als ‘*group think*’ die de opstelling van potentieel andersdenkenden binnen de raad van bestuur en de raad van commissarissen kunnen beïnvloeden. De effecten van beloning op dat gedrag zijn daarbij

55 Vgl. punt 11 en 34 het ICGN-rapport over Executive Remuneration (2002).

nog altijd onvoldoende uitgekristalliseerd en dat maakt het ontwerpen van effectieve regelgeving een hachelijke zaak. Zelfs de basale vraag naar het geclaimde positieve effect van variabele beloning op het gedrag van bestuurders speelt daarbij in de praktijk nauwelijks een rol, zo lijkt het. Het kan best zijn dat zou blijken dat een dergelijk effect maar moeilijk kan worden aangetoond, terwijl het wel het risico op bepaalde negatieve gedragseffecten verhoogt. In dat geval is het waarschijnlijk niet wenselijk om ruimte te bieden voor variabele beloning van commissarissen. Maar dan zou dit tevens bij bestuurdersbeloning ter discussie gesteld moeten worden. Het is echter pas na onderzoek naar de materiële gedragseffecten van (variabele) beloning dat deze discussie zowel bij de beloning van bestuurders als bij die van commissarissen fundamenteel kan worden gevoerd en dat op basis daarvan geïnformeerde keuzes kunnen worden gemaakt over effectieve regelgeving.

LITERATUUR

Abma 2006

R. Abma, 'Het aandeelhoudersvergaderingenseizoen 2006: feiten en trends', *TvOB* 2006, p. 169-170.

Akerlof & Shiller 2009

G.A. Akerlof & R.J. Shiller, *Animal Spirits*, Princeton: Princeton U.P. 2009.

Aronson et al. 2005

E. Aronson, T.D. Wilson & R.M. Akert, *Social Psychology*, 5th edition, New Jersey: Pearson 2005, p. 284 e.v.

Bebchuk & Fried 2004

L. Bebchuk & J. Fried, *Pay without Performance, The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Cambridge (VS): Harvard U.P. 2004.

Beckman 2005

H. Beckman, 'Enkele losse gedachten bij en over commissaris, toezicht en controle', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 251.

Bertrand & Mullainathan 2001

M. Bertrand & S. Mullainathan, 'Are CEO's Rewarded for Luck? The Ones Without Principals Are', *Quarterly Journal of Economics* 2001, V. 116, No. 3, p. 901-932.

Boogert 2005

M.W. den Boogert, 'De vergeten band tussen raad van commissarissen en algemene vergadering; de Januskop van de commissaris', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 252 e.v.

Conyon & Murphy 2002

M.J. Conyon & K.J. Murphy, *Corporate Governance Regimes; Convergence and Diversity*, Oxford: Oxford U.P. 2002, p. 625 e.v.

Cools 2005

K. Cools, *Controle is goed, vertrouwen nog beter*, Assen: Gorcum 2005, p. 81 e.v.

Covey 2003

S.R. Covey, *De zeven eigenschappen van effectief leiderschap*, Business Contact 2003.

Dumoulin 2005

S. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 266 e.v.

Ebke 2003

W.F. Ebke, in: K. Hopt & E. Wymeersch (red.), *Capital Markets and Company Law*, Oxford: Oxford U.P. 2003, p. 173 e.v.

Ferrarini & Moloney 2004

G. Ferrarini & N. Moloney, in: G. Ferrarini et al. (red.), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford: Oxford U.P. 2004, p. 302-303.

Ginneken 2004

M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 152 e.v.

Grapperhaus & Visser

F.B.J. Grapperhaus & G.W.Ch. Visser, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Art. 2:145, Aantek. C.3.

Graziano & Luporini 2005

C. Graziano & A. Luporini, *Ownership Concentration, Monitoring and Optimal Board Structure*, www.ssrn.com september 2005.

Van der Grinten 2004

W.C.L. van der Grinten, 'De miskende commissaris', in: *Verspreide geschriften*, Deventer: Kluwer 2004, p. 547 e.v.

De Groot 2005

C. de Groot, 'Bezoldiging van bestuurders van naamloze vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 464 e.v.

Hansmann & Kraakman 2005

H. Hansmann & R. Kraakman, in R. Kraakman et al. (red.), *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford: Oxford U.P. 2005, p. 22 e.v.

Van den Hoek 2005

P.C. van den Hoek, 'Verantwoording en de Raad van Commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 344 e.v.

Honée 1984

H.J.M.N. Honée, 'De overheidscommissaris en de norminstructie van het vennootschappelijk belang', in: *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 105 e.v.

Honée 1996

H.J.M.N. Honée, 'Commissarissen, gezanten uit Niemandsland?', *De NV* 1996, p. 276 e.v.

Hopt & Leyens 2005

K.J. Hopt & P.C. Leyens, 'Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy', *Company & Securities Law Review*, 2005, Vol. 1, p. 217-245.

Jansen 2003

P.G.W. Jansen, *Organisatie en mensen*, 4e druk, Haarlem: Nelissen 2003.

Jensen & Murphy 1990

M.C. Jensen & K.J. Murphy, 'Performance Pay and Top-Management Incentives', *Journal of Political Economy* 98 1990, p. 225-264.

Jensen & Murphy 2004

M.C. Jensen & K.J. Murphy, *Remuneration: Where we've been, how we got here, what are the problems, and how to fix them*, ECGI Finance Working Paper No. 44/2004, 12 juli 2004.

Kahneman 2011

D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Londen: Penguin 2011.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, 'Onafhankelijkheid van commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 275-276.

Van Lede 2005

C.J.A. van Lede, 'De rol van de voorzitter', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 258 e.v.

Maatman & Raaijmakers 2006

R.H. Maatman & G.T.M.J. Raaijmakers, 'Hegde funds in het ondernemingsrecht: virus of vaccin?', *Ondernemingsrecht* 2006, p. 256 e.v.

Marmet & Meyer 2004

O. Marmet & A. Meyer (red.), *Kleine sociale psychologie*, zesde druk, Zwolle: Thieme 2004, p. 14 e.v.

Musschenga 2004

B. Musschenga, *Integriteit; Over de eenheid en heilheid van de persoon*, Utrecht: Boom 2004.

Raaijmakers 1991

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over taak en verantwoordelijkheid van commissarissen', in: *De Bankier als Jurist* (Langman-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 175 e.v.

Raaijmakers 2004

G.T.M.J. Raaijmakers, 'Communicatie tussen beursondernemingen en aandeelhouders in en buiten de AVA', *TvOB* 2004, p. 3 e.v.

Raaijmakers 2006

G.T.M.J. Raaijmakers, *De effectiviteit van regels in het ondernemings- en effectenrecht*, Den Haag: BJu 2006.

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Forumbank (1955) Revisited; Verschuivende machtsverhoudingen binnen een beurs-NV', *Ars Aequi* 2006, p. 522 e.v.

Raaijmakers 2007

G.T.M.J. Raaijmakers, *De commissaris beloond*, Deventer: Kluwer 2007, p. 35 e.v.

Sandel 2012

M. Sandel, *What money can't buy, The Moral Limits of Markets*, Londen: Farrar 2012.

Santen & Beek 2006

B.P.A. Santen & J.E. Beek, 'Vast beloningspercentage voor commissarissen', het Financieele Dagblad 1 november 2006.

Schermerhorn et al. 2005

J.R. Schermerhorn Jr., J.G. Hunt & R.N. Osborn, *Organizational Behavior*, negende editie, Danvers 2005.

Shiller 2012

R.J. Shiller, *Finance and the Good Society*, Princeton: Princeton U.P. 2012.

Shleifer & Vishny 1997

A. Shleifer & R.W. Vishny, 'A Survey of Corporate Governance', *Journal of Finance*, 1997, Vol. 52, No. 2.

Skeel 2005

D. Skeel, *Icarus in the Boardroom*, New York: Oxford U.P. 2005.

Slagter 2006

W.J. Slagter, 'Een bedreiging voor de continuïteit van de vennootschap', *NJB* 2006, p. 999 e.v.

Van Slooten 2005

J.M. van Slooten, 'Loonmatiging aan de top: mogelijkheden en beperkingen', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*, Deventer: Kluwer 2005, p. 261 e.v.

Smit 2004

J. Smit, *Het drama Ahold*, Amsterdam: Balans 2004.

Thaler 2005

R.H. Thaler (red.), *Advances in Behavioral Finance*, Vol. II, New York: Princeton University Press 2005.

Timmerman 2005

L. Timmerman, 'De AFM in de Nederlandse rechtsstaat', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 204 e.v.

Welch 2005

J. Welch, *Winning*, New York: Harper Collins 2005.

Van Wijnbergen 2007

S. van Wijnbergen, 'Bos én bedrijfsleven negeren het probleem', *NRC* 20 november 2007.

30 SOCIALE PSYCHOLOGIE EN BESLUITVORMING IN VENNOOTSCHAPPEN

M.J. Kroeze

SAMENVATTING

In deze bijdrage beschrijf ik welke sociaalpsychologische factoren van invloed zijn op de besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen van NV's en BV's. Het gaat dan bijvoorbeeld om conformisme binnen groepen, om de neiging van groepen om eigen groepsleden te bevoordelen en om factoren die besluitvorming onbewust sturen, zoals de neveneffecten van besluiten. Het is van belang dat bestuurders en commissarissen zich bewust zijn van deze factoren. Ik beschrijf een aantal besluiten waarbij de invloed van sociaalpsychologische factoren onwenselijk kan zijn. Achtereenvolgens ga ik in op de aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen, op aansprakelijkheid en risicomijding, op resultaatafhankelijke beloning en op de samenstelling van besturen en raden van commissarissen. Ik wijs voor de vier categorieën van besluiten op manieren om tegenwicht te bieden aan de invloed van sociaalpsychologische factoren op deze besluiten. Daardoor kan bewerkstelligd worden dat aansprakelijkheidsvorderingen die zouden moeten worden ingesteld, ook worden ingesteld, dat risicovolle, maar optimale ondernemersbeslissingen worden genomen, dat de beloningstructuur geen prikkel geeft voor het oppoetsen van prestaties en dat geschikte kandidaat-bestuurders of -commissarissen die niet lijken op zittende bestuurders en commissarissen een kans maken op benoeming.

1 INLEIDING

Artikel 2:5 BW bepaalt dat een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft gelijkstaat met een natuurlijke persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Net als een natuurlijke persoon heeft een rechtspersoon dus rechtssubjectiviteit en is hij drager van eigen rechten en plichten. Een rechtspersoon kan partij zijn bij een overeenkomst, kan eigenaar zijn van zaken, kan onrechtmatig handelen en kan zelfs strafrechtelijk laakbaar handelen. Deze antropomorfe trek van de rechtspersoon kan niet verhullen dat hij zonder echte personen van vlees en bloed geen betekenis heeft. De rechtspersoon is een juridische constructie die bestaat bij de gratie van de mens en die dienstbaar is aan het maatschappelijk

en economisch leven van de mens.¹ Bovendien kan een rechtspersoon zich juridisch niet uiten zonder menselijke bemoeienis en tussenkomst. Uiteindelijk zijn het altijd mensen – eventueel aan het zicht onttrokken doordat er weer andere rechtspersonen tussen zijn geschoven – die bepalen wat de rechtspersoon wil en die verantwoordelijk zijn voor zijn handelen. Ook het werk van rechtspersonen is dus mensenwerk. Dat is de reden dat bevindingen uit de sociale psychologie leerzaam kunnen zijn voor besluitvorming binnen rechtspersonen. Sterker nog, dergelijke bevindingen kunnen zelfs reden zijn om regels te veranderen die van invloed zijn op besluitvorming en het proces van besluitvorming binnen rechtspersonen. In deze bijdrage vraag ik mij af (a) welke sociaalpsychologische factoren van invloed zijn op de besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen van een rechtspersoon, (b) bij welke categorieën van besluiten dit onwenselijk kan zijn en (c) welke aanpassingen wenselijk zijn in relevante regelgeving of in bepaalde gebruiken. Ik ga er daarbij van uit dat sprake is van een bestuur dat geheel bestaat uit natuurlijke personen.² De raad van commissarissen bestaat op grond van artikel 2:140/250 lid 1 BW altijd geheel uit natuurlijke personen. Ik neem de bestuurders (uitvoerend en niet uitvoerend) en commissarissen van een naamloze vennootschap (nv) of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv) tot uitgangspunt. Veel van wat ik in deze bijdrage schrijf, geldt ook voor besluitvorming door bestuurders en toezichthouders van andere rechtspersonen, zoals stichtingen en verenigingen. Ik geef voor een goed begrip allereerst een korte beschrijving van de wettelijke taken die aan het bestuur en aan de raad van commissarissen zijn opgedragen, van de wijze waarop zij deze moeten vervullen en van de sancties als zij daarin tekortschieten.

2 DE TAAKVERVULLING DOOR HET BESTUUR EN DE RAAD VAN COMMISSARISSSEN

Het bestuur is een orgaan van de vennootschap. De functie van het bestuur als orgaan volgt uit artikel 2:129/239 lid 1 BW. Daarin staat dat het bestuur belast is met het bestuur van de vennootschap. Deze wat tautologisch geformuleerde taakomschrijving betekent dat het bestuur de leiding heeft over de dagelijkse gang van zaken in de vennootschap en over de strategie van de vennootschap. Ingevolge artikel 2:129a/239a BW kunnen de statuten bepalen dat de bestuurstaken worden verdeeld over een of meer niet uitvoerende bestuurders en een of meer uitvoerende bestuurders. Een vennootschap met niet uitvoerende en uitvoerende bestuurders in één bestuursorgaan heeft een monistische of *one-*

1 Zie hierover de nog altijd actuele oratie *Collectivering in het privaatrecht* van W.C.L. van der Grinten uit 1957 (Van der Grinten 2004).

2 Juridisch is het mogelijk dat bestuurders ook rechtspersonen zijn, maar uiteindelijk komt de volhardende zoeker altijd bij een natuurlijke persoon uit. Dat is ook de gedachte achter art. 2:11 BW: 'De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.'

tier-structuur.³ De niet uitvoerende bestuurders vervullen binnen het bestuur niet alleen toezichthoudende taken. Zij zijn ook actief betrokken bij het algemene bestuursbeleid. In een dualistische of *two-tier*-structuur is er een afzonderlijke raad van commissarissen die de toezichthoudende taken vervult. In veel rechtssystemen, waaronder het Britse en het Amerikaanse, is de *one-tier*-structuur de norm. In Nederland is de *two-tier*-structuur (nog) gebruikelijk. Ik neem die structuur daarom tot uitgangspunt, maar ga daar waar dit relevant is ook in op de *one-tier*-structuur.

Artikel 2:130/240 lid 1 BW bepaalt in aanvulling op het voorgaande dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt. Dit betekent dat het bestuur bevoegd is om de vennootschap tegenover derden rechtens te binden. Het bestuur kan de vennootschap dus partij maken bij overeenkomsten, kan voor de vennootschap juridische procedures starten en kan de vennootschap anderen aansprakelijk laten stellen. Het bestuur is daarmee een centraal orgaan binnen de vennootschap.

De wet geeft een richtsnoer voor de wijze waarop bestuurders hun taak moeten vervullen. Artikel 2:9 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Artikel 2:129/239 lid 5 BW bepaalt dat het bestuur zich bij de vervulling van die taak moet richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bijzondere van de bestuurstaak is dat zij een collectieve verantwoordelijkheid is van de bestuurders. Dat wil zeggen dat de bestuurders gezamenlijk als groep verantwoordelijk zijn voor het bestuursbeleid. Artikel 2:9 BW en artikel 2:129a/239a BW staan overigens een taakverdeling tussen de bestuurders toe, maar elke bestuurder blijft verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken. Hieruit vloeit voort dat beslissingen van het bestuur in beginsel tot stand komen via een proces van collectieve besluitvorming. Het uitgangspunt is dat een bestuursbesluit de uitkomst is van overleg en een stemming in het bestuur.⁴ Dat neemt niet weg dat besturen in de praktijk tijdens bestuursvergaderingen soms zelfs niet eens het idee zullen hebben dat zij besluiten nemen: er wordt niet gestemd en de besluiten kunnen – soms na enige discussie – rekenen op algemene instemming. Ook komt het veelvuldig voor dat bestuurders individueel beslissingen nemen. Dit is onvermijdelijk als het om kleine aangelegenheden gaat of als een organisatie groot is. Artikel 2:129a/239a lid 3 BW staat bovendien toe dat bij of krachtens statuten wordt bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Ook dergelijke

³ Zie hierover ook Engelen in deze bundel.

⁴ Zie HR 15 juli 1968, NJ 1969/101 (*Wijsmuller*) waaruit volgt dat een besluit van een orgaan tot stand moet komen 'als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen'. Dit uitgangspunt is nastrevenswaardig, maar in onze tijd niet altijd meer realistisch en zelfs niet meer voorgeschreven in alle gevallen (zie bijv. art. 2:129a/239a BW).

besluiten, zeker als zij betrekking hebben op de algemene gang van zaken of van materieel belang zijn voor de vennootschap, vallen onder de verantwoordelijkheid van het bestuur.

Naar Nederlands recht is aanvaard dat het bestuur van een vennootschap – binnen de formeel-juridische grenzen van zijn bevoegdheid – zelfstandigheid en beleidsvrijheid heeft bij de vervulling van zijn taken.⁵ Deze bevoegdheid kan voor de NV worden ingeperkt, doordat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen (art. 2:129 lid 4 BW). Voor de BV kunnen de statuten zelfs bepalen dat het bestuur zich ook dient te gedragen naar concrete aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur hoeft die aanwijzingen overigens niet op te volgen als deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

De wet bevat verschillende grondslagen voor de aansprakelijkheid van bestuurders. Hiervoor kwam artikel 2:9 BW al aan de orde: iedere bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden de hem opgedragen taak behoorlijk te vervullen. Deze norm, die een verplichting van de bestuurder tegenover de vennootschap in het leven roept, leidt tot aansprakelijkheid tegenover de vennootschap als een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en als hem hiervan een ernstig verwijt valt te maken.⁶ Daarnaast kunnen bestuurders aansprakelijk zijn tegenover schuldeisers. Dat is bijvoorbeeld het geval als zij een overeenkomst zijn aangegaan met een leverancier, terwijl zij bij het aangaan van die overeenkomst al wisten of behoorden te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en bovendien geen verhaal zou bieden. De grondslag voor deze aansprakelijkheid is artikel 6:162 BW. Ook hier geldt dat de bestuurder (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁷ Ook kunnen bestuurders aansprakelijk zijn tegenover personen die zijn afgestaan op misleidende informatie, bijvoorbeeld in jaarrekeningen (art. 2:139/249 BW) of in een prospectus (art. 6:193a BW e.v. en art. 6:194 BW e.v.). Een andere bekende aansprakelijkheidsgrondslag is de aansprakelijkheid van bestuurders tegenover de boedel wanneer de vennootschap failliet is gegaan. De curator kan de bestuurders aansprakelijk stellen als sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en als dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap (art. 6:138/248 BW). Verspreid in Boek 2 BW staan nog enkele

5 Zelfstandigheid: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II* 2009, nr. 413 en HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (*Forum-Bank*). Beleidsvrijheid: o.a. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II* 2009, nr. 445; Löwensteyn 1959, 156-157 en recenter Timmerman 1995, p. 24 en Timmerman 2003. Uit HR 29 november 2002, NJ 2003/455, JOR 2003/2 volgt dat een bestuurder zich onder omstandigheden zelfs mag begeven buiten deze formeel-juridische grenzen. Zie over zelfstandigheid en beleidsvrijheid: HR 13 juli 2007, NJ 2007/434 (*ABN AMRO*).

6 HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*).

7 HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

bepalingen die tot aansprakelijkheid van bestuurders kunnen leiden, maar die het bestek van deze bijdrage te buiten gaan.

Sommige aansprakelijkheidsgrondslagen leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders. Dat wil zeggen dat bij aansprakelijkheidsvestigend handelen door een van de bestuurders, alle bestuurders aansprakelijk zijn voor de gehele schade die daaruit voortvloeit.⁸ Deze hoofdelijke aansprakelijkheid is de logische consequentie van de collectieve verantwoordelijkheid die de bestuurders hebben voor het bestuursbeleid. Artikel 2:9 BW vestigt daarom een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de vennootschap voor onbehoorlijke taakvervulling. Artikel 2:139/249 BW vestigt een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders jegens degenen die op misleidende informatie van de vennootschap zijn afgestaan. Artikel 2:138/248 BW vestigt een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de boedel voor schade die het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap is geweest.

Ik heb tot nu toe geschreven over het bestuur en de bestuurders (waartoe behoren uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders). Maar voor de raad van commissarissen en de commissarissen in een *two-tier*-structuur geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad ter zijde (art. 2:140/250 lid 2 BW). Net als de bestuurders zijn de commissarissen collectief verantwoordelijk voor hun taakvervulling, vinden beslissingen plaats via een proces van besluitvorming, moeten commissarissen zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en zijn zij aansprakelijk als zij bij hun toezichtstaak tekortschieten. Artikel 2:149/259 BW verklaart artikel 2:9 en artikel 2:138/248 BW van overeenkomstige toepassing op de taakvervulling door de raad van commissarissen. Artikel 2:150/260 BW bepaalt dat de commissarissen naast de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn als de openbaar gemaakte jaarrekening een misleidende voorstelling van zaken geeft.

3 BESTUURDERS EN (INTERNE) TOEZICHTHOUDERS ALS GROEP

De wet bepaalt niet uit hoeveel bestuurders het bestuur van een vennootschap bestaat. Dit betekent dat in de praktijk besturen voorkomen die bestaan uit een, twee of meer bestuurders. Besturen die bestaan uit een of twee personen treft men vooral aan bij persoonsgebonden BV's en NV's. De ondernemer die zijn onderneming drijft in de bv-vorm zal doorgaans, naast enig aandeelhouder, ook enig bestuurder zijn. Als twee mensen hun

⁸ Niet vergeten moet worden dat in sommige situaties disculpatie mogelijk is, en, belangrijker, dat de bestuurders onderling intern regres zullen hebben als daartoe aanleiding bestaat.

samenwerking vorm hebben gegeven in de bv-vorm, zullen zij vaak gezamenlijk bestuurder zijn. Vooral bij grotere vennootschappen is het gebruikelijk dat het bestuur uit meer dan twee bestuurders bestaat. Zo hebben de vennootschappen die zijn opgenomen in de AEX-index en een *two-tier*-structuur hebben, gemiddeld vier bestuurders. Raden van commissarissen bestaan in de regel uit drie of meer personen. Bij vennootschappen uit de AEX-index met een *two-tier*-structuur is dit aantal zelfs gemiddeld zeven tot acht personen. Voor AEX-vennootschappen met een *one-tier*-structuur zijn de aantallen voor uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders vrijwel vergelijkbaar.⁹

Ik maak dit onderscheid tussen organen van één persoon, twee personen en meer dan twee personen, omdat het vanuit sociaalpsychologisch perspectief relevant is. Het maakt veel uit of de besluitvorming plaatsvindt door een persoon, door twee personen of door een groep van meer dan twee personen.¹⁰ Ik besteed in paragraaf 7 summier aandacht aan besturen van een of twee personen. In deze bijdrage neem ik als uitgangspunt dat het bestuur of de raad van commissarissen (of een orgaan waarin uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders gezamenlijk zitting hebben bij een *one-tier*-structuur) bestaat uit meer dan twee personen.

Een belangrijk onderwerp uit de sociale psychologie is hoe mensen zich gedragen in groepen en hoe de aanwezigheid van anderen – binnen of buiten de groep – hun gedrag in een groep beïnvloedt. Bestuurders vormen samen een groep. Dit geldt ook voor bestuurders in een *one-tier*-structuur. Ook commissarissen vormen een groep. Door de betrokkenheid en interactie tussen de bestuurders en de commissarissen en de overeenkomst tussen de doelen waarnaar zij streven, zijn zij dikwijls ook gezamenlijk als groep te beschouwen. Uit een groot aantal empirische onderzoeken blijkt dat '*group membership and influence represents one of the most powerful forces shaping our feelings, judgments and behaviours*'.¹¹ Het denken, doen en voelen van mensen wordt sterk beïnvloed door (hun interpretatie van) de situatie waarin zij zich bevinden. Mensen blijken de invloed van die situatie op hun gedrag sterk te onderschatten en de invloed van hun eigen persoonlijkheid

9 Op 1 april 2013 hadden de 19 AEX-fondsen met een *two-tier*-structuur 72 bestuurders. Dit komt neer op een gemiddelde van bijna vier bestuurders per vennootschap. De mediaan is drie bestuurders per vennootschap. Het gemiddelde aantal commissarissen bij deze vennootschappen ligt tussen de zeven en acht. De mediaan is acht commissarissen per vennootschap. Bij de 6 AEX-fondsen met een *one-tier*-structuur zijn er gemiddeld bijna vier uitvoerende bestuurders (bij een mediaan tussen de drie en vier) en gemiddeld bijna acht niet uitvoerende bestuurders (bij een mediaan van acht). Barros (2007, p. 17-18) betoogt dat grote boards ertoe kunnen leiden dat de individuele leden minder snel zullen ingrijpen bij misstanden (de verantwoordelijkheid die elk individu ervaart, is minder en als de anderen niets doen, zal er wel niets fout zijn). Zie over het voorgaande ook Engelen in deze bundel.

10 Zie hierover ook Ten Velden en De Wilde in deze bundel.

11 Baron & Kerr 2003, p. xii.

op hun gedrag sterk te overschatten.¹² Drie factoren zijn van bepalend belang bij de besluitvorming en de uitkomst van die besluitvorming in een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen, te weten:

- de verhouding tussen groepsleden onderling (conformisme) (par. 4-5);
- de verhouding tussen de groep en buitenstaanders (bevoordeling) (par. 6);
- de wijze waarop een groep (complexe) besluiten neemt (par. 7).

In de paragrafen die hierna volgen, ga ik op elk van deze factoren in. Mijn beschrijving is beknopt en niet gericht op het verklaren van sociaalpsychologische fenomenen, maar op het constateren ervan. Ik verwijs in de regel naar sociaalpsychologische handboeken van algemene aard en niet naar de publicaties van grondleggers van bepaalde theorieën. In de regel verwijzen de handboeken naar deze literatuur. Het doel van deze bijdrage is uiteindelijk juridisch van aard. Door inzichtelijk te maken welke factoren van invloed kunnen zijn op besluitvorming binnen besturen en raden van commissarissen, wil ik aanbevelingen doen voor aanpassing van relevante regelgeving of van bepaalde gebruiken.

4 DE VERHOUDING TUSSEN DE GROEPSLEDEN ONDERLING (CONFORMISME)

De eerste van de hier te bespreken factoren ziet op de verhouding tussen groepsleden onderling. Verschillende psychologische factoren leiden tot conformisme binnen een groep. Juist bij een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen (of een combinatie van uitvoerend bestuur en niet-uitvoerend bestuur in een orgaan) doet zich een groot aantal van deze factoren gelijktijdig voor. Het gevolg hiervan beschrijven Cox en Munsinger als volgt:

‘Taken together, these studies all suggest that powerful psychological factors are at work within the boardroom, creating a cohesive, loyal, conforming ingroup that will support its members for positive and negative reasons, under low and high levels of motivation and group values.’¹³

Wat zijn dan die factoren die leiden tot een hechte, loyale en conformerende groep?

De zogenoemde *two-process theory of influence* is de heersende theorie in de sociale psychologie om de werking van conformisme te verklaren. Een grote hoeveelheid empirisch

12 Baron & Kerr 2003, p. 166. Dit noemt men wel de *fundamental attribution error*. Zie hierover de bijdragen van Giesen en De Hoon in deze bundel, en zie over andere psychologische invloeden op besluitvorming, ook de bijdragen van Van Raaij, Ten Velden en De Wilde, en Enneking, Giesen en Rijnhout in deze bundel.

13 Cox & Munsinger 1985, p. 99. In gelijke zin Bainbridge 2002, p. 27 en Haft 1981, p. 36. Zie recenter en vanuit een andere invalshoek over dit onderwerp Marnet 2011.

onderzoek ondersteunt deze theorie.¹⁴ Volgens deze theorie wordt conformisme veroorzaakt door twee parallelle beïnvloedingsprocessen, te weten normatieve beïnvloeding en informatieve beïnvloeding.

Bij normatieve beïnvloeding conformeert een groepslid zijn oordeel of gedrag aan dat van andere groepsleden als gevolg van sociale druk die uitgaat van de groep en de in die groep heersende normen. De belangrijkste oorzaak van deze sociale druk is de macht van de groep om een groepslid te straffen door afwijzing en vijandigheid en te belonen door acceptatie en goedkeuring.¹⁵ Turner omschrijft de werking van normatieve beïnvloeding als volgt:

- '1 The power of others to reward or punish (e.g. to accept into or reject from the group) creates a need for their social approval and a fear of being different.
2 Therefore, under conditions of surveillance by others such that one can be personally identified and held responsible for any nonconformity,
3 one will tend to comply with their expectations or submit to other group pressures, producing conformity to the group norm.'*¹⁶

Bij informatieve beïnvloeding conformeert een groepslid zijn oordeel of gedrag aan dat van andere groepsleden, omdat hij er werkelijk van overtuigd is dat zijn oorspronkelijke oordeel of gedrag fout of minder juist was. Hij verandert niet alleen zijn waarneembare oordeel of gedrag, maar ook zijn niet-waarneembare overtuiging. Deze verandering is het gevolg van informatie, afkomstig van anderen binnen de groep, die ervaren wordt als een betrouwbare indicatie voor de objectieve werkelijkheid.¹⁷ Individuen hebben behoefte aan informatie om de houdbaarheid van hun subjectieve oordelen te kunnen toetsen. De reactie van andere groepsleden en de informatie die deze groepsleden geven, verschaffen een individueel groepslid aanwijzingen over de werkelijkheid. De behoefte om de werkelijkheid te kennen, leidt tot gedeelde groepsnormen die op hun beurt leiden tot conformisme.

Turner omschrijft de werking van informatieve beïnvloeding als volgt:

¹⁴ Turner 1991, p. 37-47 en Dallas 1997, p. 105.

¹⁵ Voor het vennootschapsrecht: Dallas 1997, p. 105. In het algemeen: Baron & Kerr 2003, p. 71 en 74; Turner 1991, p. 37.

¹⁶ Turner 1991, p. 38.

¹⁷ Turner 1991, p. 35.

'1 Objective stimulus ambiguity, difficulty or complexity, the difficulty of making direct tests of physical reality, leads to subjective uncertainty, a need for information to reduce uncertainty.

2 Uncertainty creates social dependence, dependence on others for valid information.

*3 Informational dependence leads to influence; one conforms to the responses of others perceived to provide evidence about reality.'*¹⁸

De werking van de hiervoor beschreven mechanismen neemt in kracht toe als de persoonlijke relaties in een groep positief zijn, als de leden van de groep zich met elkaar verbonden voelen, als zij vertrouwen hebben in elkaars persoonlijke en professionele kwaliteiten, als zij belang hechten aan het lidmaatschap van de groep en als het lidmaatschap hun status oplevert.¹⁹ Ook gelijkenis tussen de leden van een groep draagt bij aan meer conformisme.²⁰ Deze gelijkenis kan bijvoorbeeld bestaan in afkomst uit dezelfde sociale klasse, gelijkwaardige scholing, een vergelijkbare loopbaan, hetzelfde geslacht, dezelfde leeftijd, een gelijke mate van intelligentie en rationaliteit en vergelijkbare culturele bagage. Zij is een belangrijke oorzaak van positieve persoonlijke relaties en interne verbondenheid. Conformisme in een groep neemt ook toe naarmate de taak die een groep moet uitvoeren complexer wordt en de oplossingen voor problemen minder eenduidig zijn (informatieele beïnvloeding). Als leden van een groep hun oordeel ten overstaan van de andere leden moeten geven of als hun gedrag voor andere leden zichtbaar is, heeft dit een toename van het conformisme tot gevolg (normatieve beïnvloeding).²¹ Tot slot speelt de mate waarin een groep gericht is op consensus een rol bij de mate van conformisme. Dit effect wordt versterkt als de groepsleden in oordeel en gedrag als onafhankelijk worden ervaren. Het oordeel van ieder groepslid wint in dat geval aan gezag (informatieele beïnvloeding). Een afwijkend oordeel vergroot in dat geval de kans op afwijzing en dus op de consequenties die daaraan verbonden kunnen zijn (normatieve beïnvloeding).²² Een bespreking van mogelijke verklaringen voor de hiervoor geschetste mechanismen gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Van belang is dat zij zich manifesteren en in onderzoek keer op keer empirisch zijn aangetoond.

¹⁸ Turner 1991, p. 37.

¹⁹ Ter illustratie: het belang dat leden aan het lidmaatschap van de groep hechten, leidt tot normatieve beïnvloeding. Het vertrouwen dat leden hebben in elkaars persoonlijke en professionele kwaliteiten leidt tot informatieele beïnvloeding. Sommige factoren zijn van invloed op beide manieren van beïnvloeding. Zie Turner 1991, p. 40-42 en het daar vermelde onderzoek; Meertens & Von Grumbkow 1992, p. 285.

²⁰ Turner 1991, p. 40.

²¹ Dallas 1997, p. 110; Turner 1991, p. 44.

²² Turner 1991, p. 42-44.

5 CONFORMISME IN HET BESTUUR EN DE RAAD VAN COMMISSARISSEN

Veel factoren die van invloed zijn op de mate van conformisme, manifesteren zich bij uitstek in een groep zoals het bestuur (in een *one-tier-* of *two-tier-structuur*) of de raad van commissarissen. Dat begint bij de selectie. De verhoudingen in het bestuur en de raad van commissarissen kenschetsen betrokkenen als amicaal en sterk collegiaal. Er is een grote mate van homogeniteit. Een (anonieme) commissaris beschrijft dat het (voor 1 oktober 2004 bestaande) coöptatiestelsel in het structuurregime ten doel had een raad van commissarissen op te leveren waarin ‘de leden elkaar respecteren en hun normen serieus nemen en naar elkaar luisteren. Dan krijg je inschattingen die niet diametraal tegenover elkaar staan. Zo moet je ook binnen een directie werken’.²³

Amerikaans onderzoek bevestigt dit beeld. Cox en Munsinger drukken dit als volgt uit:

*‘The leading criterion for selecting a board nominee is his probable identification with and acceptance of the company’s goals and methods of operation. (...) Another overriding consideration is that the board nominee’s personality should be compatible with that of the current directors. (...) Studies (...) support the view that directors seek nominees of the same social class and whose experience will assure that all board members will share a common view of reality and easily reach consensus on questions presented to the board.’*²⁴

De hiervoor weergegeven – soms impliciete selectiecriteria – dragen eraan bij dat het profiel van bestuurders en commissarissen van Nederlandse vennootschappen weinig variatie kent. Het gaat in de regel om blanke mannen van vijftig jaar of ouder.²⁵ De meerderheid heeft een universitaire of daarmee vergelijkbare opleiding genoten.²⁶ Bovendien

23 De Jongh 1987, p. 75, die ook constateert dat de voorzitters van de raden van bestuur van grote ondernemingen een actieve rol spelen bij het voorbereiden van commissarisbenoemingen. De motivering hiervoor van betrokkenen is dat het bestuur met de raad van commissarissen moet samenwerken ‘in een respectvolle vertrouwensrelatie’ en dat er een college van mensen moet zijn waarmee behoorlijk valt te werken (zie p. 68).

24 Cox & Munsinger 1985, p. 91 p. en noot 37. Zie ook Westphal & Zajac 1995, p. 77 (‘This study provides strong and consistent evidence on the relationship between CEO and board power, demographic similarity and the selection of new directors’). Van der Knoop 1991, p. 127 citeert in dit verband een commissaris: ‘Soms komt er iemand beschikbaar waarvan iedereen zegt: Het zou fijn zijn om die bij de club te hebben.’

25 Blanke mannen: Van Zanten 2002a, p. 28. Uit De Bos e.a. 2007a, p. 10 blijkt dat meer dan 90% van de commissarissen bij *for-profit*-instellingen van het mannelijk geslacht is (peildatum 2007). Uit Lückérath-Rovers 2012 volgt dat per 31 augustus 2012 95,4% van de bestuurders en 86,7% van de commissarissen van aan Euronext genoteerde nv’s man is. Leeftijd bestuurders: Vinke 1961, p. 175 (peildatum 1950); Beekenkamp 2002, p. 46 en 74 (peildatum circa 1987), Lückérath-Rovers 2012 (peildatum 2012). Leeftijd commissarissen: Vinke 1961, p. 175 (peildatum 1950); Honée 1979, p. 146 (peildatum 1977; beperkt tot structuurvennootschappen); De Bos e.a. 2007a, p. 9 (peildatum 2007); Lückérath-Rovers 2012 (peildatum 2012).

26 Beekenkamp 2002, p. 58 (peildatum circa 1987) en De Bos e.a. 2007a, p. 12 (peildatum 2007).

is een grote meerderheid van hen afkomstig uit de sociale bovenlaag van de bevolking²⁷ en niet-progressief georiënteerd.²⁸ Voor commissarissen bij grote beursgenoteerde ondernemingen geldt bovendien dat ervaring als bestuurder bij een groot beursgenoteerd fonds een vereiste lijkt te zijn.²⁹ Voor Engeland kwam Higgs in 2003 tot dezelfde conclusies voor *non-executive directors* (niet uitvoerende bestuurders in de Britse *one-tier-board*-structuur).³⁰ De oorzaak hiervan is volgens hem dat niet uitvoerende bestuurders geselecteerd worden uit het sociale netwerk van de zittende uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.³¹ Dit vergroot de kans op kandidaten met eenzelfde achtergrond.

Ook als kandidaten niet afkomstig zijn uit het sociale netwerk van zittende bestuurders en commissarissen, is de kans groot dat zij een achtergrond hebben die gelijkenis vertoont met de zittende bestuurders en commissarissen. Hiertoe leiden de selectiecriteria die erop gericht zijn iemand te vinden die kan meedraaien in de homogene en sterk collegiale sfeer die een bestuur of raad van commissarissen kenschetsen. Bovendien speelt een rol dat mensen met dezelfde achtergrond elkaar aardiger vinden en gunstiger beoordelen dan mensen met een verschillende achtergrond.³² Kandidaten met dezelfde achtergrond als de zittende functionarissen hebben daarom een grotere kans om geselecteerd te worden.

De voorgaande constateringën hebben direct en indirect invloed op de mate van conformisme in een bestuur en een raad van commissarissen. Direct, omdat de selectie gericht is op mensen die uit zijn op consensus en dus uiteindelijk op conformisme. Indirect, omdat een groep hechter is naarmate mensen meer gemeenschappelijk hebben. Hoe hechter een groep, hoe groter de neiging tot conform gedrag.³³

Een belangrijke rol speelt verder de motivatie van bestuurders en commissarissen. Uit Nederlands onderzoek blijkt dat bestuurders – naar eigen zeggen – vooral ‘het plezier in het spel’ als belangrijk aspect van hun functie beschouwen. Daarnaast speelt de mogelijkheid

27 Vinke 1961, p. 150 en 284 (peildatum 1950); Beekenkamp 2002, p. 40 (peildatum circa 1987).

28 Uit een onderzoek van 18 januari 2003 onder bestuurders/VNO-NCW-leden blijkt dat 44% van hen VVD stemt, 27% CDA en 13% PvdA. De uitkomsten van dit onderzoek zijn niet meer te raadplegen via de website van VNO-NCW. De uitkomsten van de ondernemersstemwijzer in 2010 wijken hier nauwelijks vanaf: 43% VVD, 36% CDA, 9% PvdA, www.mkb servicedesk.nl/3975/ondernemer-kiest-voor-vvd.htm (geraadpleegd op 18 april 2013). Beekenkamp 2002 vermeldt op basis van gegevens van 95 bestuursvoorzitters van de 250 grootste vennootschappen dat 40% VVD en 52,6% CDA stemt (peildatum circa 1987).

29 Van der Knoop 1991, p. 127. In de top 30 van de machtigste commissarissen hebben slechts enkele commissarissen deze specifieke voorervaring niet: Van Hezewijk 2001, p. 26 en 29 en Van Hezewijk & Van Zanten 2004, 15-16. Wellicht hangt dit samen met een opmerking van een (anonieme) bestuurder dat commissarissen ‘hoogst nerveus [worden] als je ze een naam noemt die ze niet kennen’: De Jongh 1987, p. 70 en in dezelfde zin Van der Knoop 1991, p. 126 en p. 139.

30 Higgs 2003, p. 42.

31 Zie voor Nederland Van der Knoop 1991, p. 139: ‘Ontmoetingsplaatsen zijn de Rotary, het circuit van de Kamers van Koophandel, werkgeversorganisaties, clubjes van industriëlen die 3,5 keer per jaar bijeen komen én uiteraard de bestuurs- en toezichthoudende organen in de grote vennootschappen’ en De Bos e.a. 2007a, p. 27.

32 Taylor e.a. 2006, hoofdstuk 8.

33 Meertens & Von Grumbkow 1992, p. 285.

om kennis en ervaring op te doen een belangrijke rol. Maatschappelijke status en geld achten zij minder van belang.³⁴ Commissarissen laten zich in soortgelijke bewoordingen uit over hun motivatie.³⁵ Cox en Munsinger leiden uit Amerikaans onderzoek af dat kandidaten die zijn voorgedragen voor de *board of directors* eerst denken aan '*the prestige, the influence, and the pleasure of associating with other successful people with whom they will share the challenges of being a director*'.³⁶ Een recenter onderzoek bevestigt deze motivatie.³⁷ Het lidmaatschap van een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen wordt hoog gewaardeerd en werkt status- en prestigeverhogend. De attractiviteit die de leden onderling ervaren en het positieve zelfbeeld dat leden van de groep aan hun groepslidmaatschap ontleen, leiden tot meer conformisme. Attractiviteit, positieve onderlinge verhoudingen en statusverhoging leiden ertoe dat een groepslid grote waarde hecht aan continuïteit van zijn lidmaatschap. De straf bij non-conformisme, te weten afwijzing door de groep, eventueel uitmondend in het (al dan niet zelf geïnitieerde) vertrek van de desbetreffende bestuurder of commissaris, is daarom hoog.³⁸ Het voorgaande leidt tot conformisme door normatieve beïnvloeding. Attractiviteit leidt er ook toe dat een groepslid de andere leden als (nog) meer gelijkend en betrouwbaar ervaart.³⁹ Hierdoor zal een groepslid informatie die van andere groepsleden afkomstig is, eerder als juist accepteren. Dit leidt tot informatiele beïnvloeding.

Hiervoor bleek al dat conformisme in een groep ook toeneemt naarmate de taak die een groep moet uitvoeren complexer wordt en de oplossingen voor problemen minder eenduidig zijn. De taak die bestuurders en commissarissen moeten vervullen, is bij uitstek complex. De oplossingen voor problemen zijn lang niet altijd eenduidig. Beslissingen moeten vaak snel genomen worden op basis van een grote hoeveelheid informatie, die meestal niet compleet is of compleet kan zijn. Bovendien geldt doorgaans dat op voorhand

34 Buitenhuis 2001, p. 30-31.

35 De Jongh 1987, p. 21-22.

36 Cox & Munsinger 1985, 94. Zij leiden dit af uit onderzoek waaruit blijkt dat verreweg de belangrijkste factor voor een kandidaat om al of niet toe te treden samenhangt met de kwaliteit van de zittende *board of directors*.

37 Dallas 1997, p. 109 merkt op: 'Recent studies have found that board members are primarily motivated to serve on boards because of the identity of other board members.' Zij verwijst naar Korn & Ferry, International, 22nd Annual Board of Directors Study 31, 1995. Van Manen merkt op dat een kandidaat zich bij een nieuw commissariaat dikwijls laat verblinden door status of geld: Van Zanten 2002b, p. 23.

38 Dat een afwijkend standpunt ook daadwerkelijk deze consequentie kan hebben, volgt uit de vele gevallen waarin bestuurders vertrekken na een verschil van inzicht over het te voeren beleid. Zo werd op 6 maart 2013 bekend dat bestuurder Malizia om die reden opstapte uit het bestuur van Ballast Nedam. Op 5 april 2013 volgde hetzelfde nieuws over bestuurder Van Campenhout van TMG. Het volgt ook uit uitspraken van enkele betrokkenen zelf. Zo merkt Risseuw over zijn positie als president-commissaris bij Laurus op: 'Als je bepaalde zaken niet kunt bewerkstelligen, je je gelijk niet krijgt en je inbreng niet op waarde wordt geschat, kun je alleen nog maar weggaan.' Van Zanten 2002b, p. 25. Zie ook Van Manen 1999, p. 136. Van der Hoeven merkt over managers bij Ahold op: 'Als onze managers zich niet houden aan onze normen en waarden, dan worden ze daar onherroepelijk op afgerekend. Dat vormt onderdeel van de beoordeling en heeft gevolgen voor hun carrièrekansen binnen de onderneming.' Van Zanten 1997, p. 13.

39 Turner 1991, p. 121.

niet sprake is van één juiste beslissing en een aantal minder juiste alternatieven. Veelal moet een keuze gemaakt worden uit een aantal op voorhand gelijkwaardige alternatieven. Deze omstandigheden versterken conformisme door informationele beïnvloeding. De behoefte aan houvast en de wil om de juiste beslissing te nemen leiden ertoe dat men veel gewicht toekent aan het oordeel van anderen.

Een belangrijke – soms impliciete – regel binnen besturen en raden van commissarissen is dat men bij consensus beslist.⁴⁰ Dit legt extra druk op de groepsleden om zich te conformeren. Omdat de groep consensus bereikt in vergadering, is het oordeel en het gedrag van ieder groepslid zichtbaar voor de andere leden. Ook dit leidt tot verhoogd conformisme.⁴¹

Een Amerikaans onderzoek van Lorsch en MacIver uit 1989 naar het functioneren van *boards of directors* van Amerikaanse vennootschappen toont aan dat zich binnen een *board of directors* groepsnormen ontwikkelen die conformisme in de hand werken. Lorsch en MacIver destilleerden de volgende groepsnormen aan de hand van gesprekken met en observaties van bestuurders: leden van de *board of directors* behoren de *chief executive officer* niet te kritiseren, vooral niet in aanwezigheid van de andere *inside directors*, leden van de *board of directors* behoren geen informatie te vergaren buiten de geëigende kanalen om en leden van de *board of directors* behoren verantwoordelijkheidskwesties en de uitgangspunten op basis waarvan de *board* opereert niet ter discussie te stellen.⁴² In alle gevallen gaat het om normen die leiden tot conformisme door normatieve beïnvloeding. De positie van de *chief executive officer* in een Amerikaanse vennootschap is dominanter dan die van de voorzitter van de raad van bestuur van een Nederlandse vennootschap.⁴³ Omdat de omstandigheden die leiden tot conformisme zich ook voordoen bij besturen en raden van commissarissen van Nederlandse vennootschappen, is het aannemelijk dat ook in de Nederlandse context sprake is van groepsnormen die conformisme bevorderen. Een aanknopingspunt hiervoor ontleen ik aan een uitspraak van voormalig supercommissaris De Ruiter:

40 Van Oordt, (voormalig) commissaris bij Nokia, Draka Holding, Rodamco Europe, Fortis Bank, Schering-Plough en Umicore en voormalig voorzitter van de raad van bestuur van Bühman Tetterode, KNP BT en Rodamco Europe, merkt in dit verband op: 'Vechtboards werken niet. Je moet uiteindelijk, indien nodig na pittige discussies, consensus bereiken. Ik heb nog nooit meegemaakt dat er gestemd moet worden – dan zou er iets fout zitten.'; Schoenmakers 2002, p. 16.

41 Vgl. de opmerking van een commissaris: 'Er zijn ook wel eens zaken die je in een vergadering opvallen en waar je liever niet "en pleine" in de vergadering een opmerking over maakt.'; Van der Knoop 1991, p. 82.

42 Lorsch & MacIver 1989, p. 91-96 en 170-171. Een gedeeltelijke bevestiging hiervan kan men voor Nederland vinden bij Van der Knoop 1991, p. 93 (gezichtsverlies bestuur bij afkeuren besluit) en p. 96 (informatie-inwinning).

43 Al is bij sommige beursgenoteerde vennootschappen een CEO-structuur ingevoerd. Ook in familiebedrijven zal regelmatig sprake zijn van een bestuurder met een dominantere positie dan de overige bestuurders of leidinggevend in het bedrijf.

‘Van Kempen [voormalig topman van Wolters Kluwer] wilde alles op internet zetten. (...) Zelfs ik begreep dat dat onverstandig was. Ook binnen de raad van bestuur heerste een enorme aversie tegen zijn plannen. Dat kreeg ik pas laat in de gaten. (...) Ik heb achteraf tegen de andere bestuursleden gezegd: verdomme, waarom heb je nooit je mond opengedaan?’⁴⁴

Een hiërarchische structuur binnen het bestuur en de raad van commissarissen bevordert conformisme.⁴⁵ Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als de voorzitter van de raad van bestuur binnen de bestuursstructuur niet langer *primus inter pares* is, maar hiërarchisch hoger geplaatst.⁴⁶ Ook als de voorzitter van de raad van bestuur – in plaats van de raad van commissarissen – verantwoordelijk is voor de beoordeling van zijn medebestuurders verhoogt dit de neiging tot conformerend gedrag in het bestuur.⁴⁷ Beide omstandigheden kunnen leiden tot besluitvorming van minder hoog niveau.⁴⁸

6 DE VERHOUDING TUSSEN DE GROEP EN BUITENSTAANDERS (BEVOORDELING)

Naast sociaalpsychologische factoren die van invloed zijn op de verhouding tussen de groepsleden onderling, doen zich ook factoren voor die van invloed zijn op de verhouding tussen de groepsleden enerzijds en buitenstaanders anderzijds. De socioloog Summer schreef in 1906 het volgende over etnische groepen:

‘The insiders in a we-group are in a relation of peace, order, law, government, and industry, to each other. Their relation to all outsiders, or others-groups, is one of war and plunder (...). Sentiments are produced to correspond. Loyalty to the group, sacrifice for it, hatred and contempt for outsiders, brotherhood within, warlikeness without – all grow together, common products of the same situation.’⁴⁹

Het spreekt voor zich dat wat Summer schreef over etnische groepen niet in dezelfde termen geldt voor het bestuur of de raad van commissarissen als groep. De psychologische mechanismen die ten grondslag liggen aan zijn constatering voor etnische groepen zijn echter algemeen geldig en aanwezig in elke groep. Zij oefenen invloed uit op het functioneren van de leden van die groep in relatie tot elkaar. Hierover ging de vorige paragraaf.

⁴⁴ Interview met Henny de Ruiter, *Elan* juli 2001, p. 15.

⁴⁵ Dallas 1997, p. 111.

⁴⁶ Fortis Bank en Hagemeyer hadden bijvoorbeeld een CEO-model met een *executive committee*.

⁴⁷ Van een dergelijke beoordelingsprocedure was bijvoorbeeld sprake bij Fortis Bank (Van Zanten 2002c, p. 38).

⁴⁸ Haft 1981, p. 19-20 en de daar vermelde literatuur.

⁴⁹ Summer 1906, p. 12, zoals geciteerd door Brewer 1979, p. 307.

Zij oefenen echter ook invloed uit op het functioneren van de leden van die groep in relatie tot buitenstaanders.

Uit onderzoek blijkt dat leden van een groep elkaar zullen bevoordelen ten opzichte van leden of een lid van een andere groep. Zelfs in de meest triviale groep die denkbaar is, bestaat dit effect. Aan een van de handboeken over sociale psychologie ontleen ik het volgende voorbeeld:

‘Stel u voor dat u tijdens een skiles door een onderzoeker wordt ingedeeld in één van twee groepen waarvan de ene een groene en de andere een blauwe band draagt. Het wordt u niet duidelijk gemaakt wat groen en blauw in dit verband betekenen, noch wordt u de reden duidelijk waarom u in één van de groepen bent ingedeeld. Tijdens de verdere les zonderen de groene en blauwe banden zich niet af, maar gaan met elkaar om alsof de banden er niet waren. Na de les wordt u verzocht de prestaties van individuele skiërs te beoordelen. Op grond van onderzoek kan nu worden verwacht dat u de leden van uw “eigen groep” begunstigt ten opzichte van leden van de andere groep en in dit geval dus hun skiprestaties positiever beoordeelt dan die van de leden van de andere groep.’⁵⁰

Dit mechanisme werkt in triviale groepen. In een hechte groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen, waarin sprake is van onderlinge afhankelijkheid, aantrekkingskracht tussen en gelijkenis van de leden onderling en hoge motivatie om tot de groep te (blijven) behoren, is de werking hiervan sterker.⁵¹ Daarbij komt dat uit onderzoek blijkt dat juist het oordeel van een groepslid over eigenschappen als betrouwbaarheid, eerlijkheid en loyaliteit van medegroepsleden het meest gekleurd is door het groepslidmaatschap.⁵² Een effect dat een gekleurd oordeel extra in de hand werkt, is dat een individueel groepslid prestaties van andere groepsleden of van de groep als geheel, ervaart als zijn eigen prestaties.⁵³ Bovendien treedt het effect op dat Vonk e.a. met het volgende voorbeeld verduidelijken:

⁵⁰ Meertens & Von Grumbkow 1992, p. 340.

⁵¹ Brewer 1979, p. 319.

⁵² Brewer 1979, p. 321: ‘Across experimental and field studies of the content of intergroup perceptions, the dimensions on which evaluative bias in favor of in-groups occurs most reliably are those associated with trustworthiness, honesty, or loyalty.’

⁵³ Brewer 1979, p. 322: ‘Another consequence of the reduced social distance between self and others that accompanies in-group formation is that outcomes to other group members, or to the group as whole, come to be perceived as one’s own.’

*‘Als er bijvoorbeeld in een bedrijf succes wordt geboekt, zijn werknemers geneigd te denken dat dat door hun afdeling komt; als het fout gaat, zullen ze de oorzaak eerder bij een andere afdeling zoeken.’*⁵⁴

7 DE WIJZE WAAROP EEN GROEP (COMPLEXE) BESLUITEN NEEMT

Naast de neiging tot conformisme en tot bevoordeling van leden van de eigen groep is een belangrijke factor de wijze waarop individuen en groepen (complexe) besluiten nemen.⁵⁵ Het is immers een van de kerntaken van het bestuur en van de raad van commissarissen om besluiten te nemen.⁵⁶ Mensen gaan bij beslissen selectief om met informatie en argumenten. Zij zoeken vooral naar informatie en argumenten die pleiten voor hun standpunt en zien daarin een bevestiging van hun standpunt. Aan informatie en argumenten die voor hun standpunt pleiten, kennen zij meer gewicht toe dan aan informatie en argumenten die daartegen pleiten. Aan informatie waarvan zij recent hebben kennisgenomen, kennen zij meer gewicht toe dan aan informatie die zij al kenden.⁵⁷ Bovendien blijkt dat mensen de kans op een uitkomst die zij wenselijk achten veel hoger schatten dan de kans op een uitkomst die zij niet willen. Ook de neveneffecten van een bepaalde beslissing kunnen van invloed zijn op het nemen van die beslissing. Vooral negatieve neveneffecten hebben grote invloed.⁵⁸ Bij besluitvorming in groepen blijkt dat de leden van een groep vooral informatie met elkaar delen die bij ieder lid bekend is en dat er veel minder aandacht is voor informatie die slechts bij een enkeling bekend is.⁵⁹ Dit draagt ertoe bij dat het standpunt van een groep vaak extremer is dan de standpunten van de afzonderlijke leden van die groep (*group polarization*).⁶⁰ Als sprake is van een hechte groep met veel status, met groepsleden die op elkaar lijken, waarin de nadruk ligt op het bereiken van consensus en waarbij sprake is van een directieve leider, dan kan zich een fenomeen voordoen dat wel wordt aangeduid als *groupthink*. *Groupthink* is een extreme vorm van conformisme die kan leiden tot (objectief en op voorhand) als rampzalig te kwalificeren beslissingen. *Groupthink* doet zich voor als

54 Vonk 2001, p. 203.

55 Zie hierover ook Ten Velden en De Wilde in deze bundel.

56 Een aantal van deze mechanismen werkt ook bij besluitvorming door een individu of in een groep van twee personen.

57 Men noemt dit wel de *confirmation bias*: Dallas 2002, p. 1402 en de daar vermelde literatuur. Zie ook Vonk 2001, p. 190: zo kan verwacht worden dat een bestuurder meer gewicht zal toekennen aan de nadelen van een aansprakelijkstelling dan aan de voordelen. Zie hierover ook de bijdrage van Enneking, Giesen en Rijnhout in deze bundel, en Rassin 2008. Die bijdragen gaan ook in op de verschijnselen *anchoring* en *framing*, die ik in mijn bijdrage buiten beschouwing laat.

58 Cox & Munsinger 1985, p. 90: ‘Some outcomes (...) are so personally ruinous that the decisionmakers will edit the problem in a way that the choice embodying the ruinous outcome is eliminated from further consideration.’

59 Baron & Kerr 2003, p. 104-107 en Dallas 2002, p. 1394.

60 Baron & Kerr 2003, p. 98-108.

ieder groepslid denkt dat hij de enige is die kritiek heeft op het besluit en dat de overige groepsleden achter het besluit staan. Dit kan leiden tot een gemankeerd besluitvormingsproces waarbij alternatieven niet goed zijn bestudeerd, de gevolgen van falen zijn genegeerd, risico's, kosten en baten niet goed zijn ingeschat en adequate informatie ontbreekt.⁶¹ Veel besturen en raden van commissarissen hebben de groepskenmerken die een voorwaarde lijken te zijn voor *groupthink* en sommige ondernemersbeslissingen worden aan dit fenomeen toegeschreven (bijvoorbeeld de gang van zaken bij Enron).⁶²

Het komt vaak voor – vooral bij besloten vennootschappen – dat het bestuur of de raad van commissarissen uit een of twee personen bestaat. De psychologische mechanismen die zich manifesteren in groepen, doen zich bij een bestuur dat bestaat uit een of twee personen niet in al hun aspecten voor. Wat echter voor ieder individu opgaat – of hij nu in een groep opereert of alleen – zijn de mechanismen die ik aan het begin van deze paragraaf noemde en de neiging om tot beslissingen te komen die gekleurd zijn door eigen belangen. Men noemt dit mechanisme wel de *self-serving bias*. Een individu is geneigd successen op zijn eigen conto te schrijven en mislukkingen te wijten aan externe omstandigheden.⁶³ Hij zal zijn inzichten over wat juist en rechtvaardig is onbewust in zijn eigen belang bijstellen. Ook iemand die tracht zo onbevangen en objectief mogelijk naar zijn eigen handelen te kijken, valt ten prooi aan de *self-serving bias*. Moore e.a. merken hierover op dat

'those with conflicts of interest may be biased in ways that they are not consciously aware, and that they therefore may not be able to correct these biases even when they try to do so',⁶⁴ en 'while people may be aware of their vulnerability to bias, they tend to underestimate it'.⁶⁵

De psychologie van een groep van twee personen is anders dan die van een individu of een groep van grotere omvang. De mechanismen die bij individuen leiden tot een gekleurd oordeel (o.a. de *self-serving bias*) werken ook voor de leden van een tweepersoonsgroep.⁶⁶

61 Baron & Kerr 2003, p. 94-98: de verklaring voor het fenomeen *groupthink* is overigens niet geheel onomstreden (zie hierover de literatuur waarnaar Barron & Kerr 2003 verwijzen).

62 Bainbridge 2002, p. 31 schrijft hierover dat: 'In the corporate setting, board culture in many firms encourages groupthink.' Dallas (2002, p. 1393) bepleit meer divers samengestelde boards om aan dit verschijnsel te ontkomen.

63 Zie hierover Vonk 2001, p. 137 en de daar vermelde literatuur. Hieruit valt mijns inziens ook te verklaren dat *chief executive officers* in de Verenigde Staten, Europa en Azië bij het nemen van maatregelen die een goed bestuur moeten waarborgen, maatregelen uit de weg gaan die hun eigen functioneren beter moeten reguleren: zie hierover het artikel 'CEO's ontzien eigen rol in goed bestuur. Eerst bedrijfsbrede maatregelen' in Het Financieel Dagblad van 13 oktober 2003.

64 Moore e.a. 2002, p. 3-4. Zie vergelijkbaar Moore e.a. 2010, p. 43.

65 Moore e.a. 2002, p. 12. Zie in deze zin ook Moore e.a. 2010, p. 43.

66 Poole & Billingsley 1989, p. 217.

Eigen aan de tweepersoonsgroep is dat niet de verhouding tussen het individu en de groep centraal staat, maar de verhouding tussen twee individuen.⁶⁷ Het normatieve richtsnoer in een tweepersoonsgroep is reciprociteit: beloften moeten over en weer worden nagekomen, gunsten moeten met wederdiensten worden beantwoord en degene die geholpen wordt, moet helpen.⁶⁸ De sociale druk die uitgaat van reciprociteit, staat ook bij besluitvorming in een tweepersoonsgroep centraal.

8 TOEPASSINGEN

Ik heb een globaal overzicht gegeven van sociaalpsychologische factoren die van invloed zijn op besluitvorming in een groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen. Het voorgaande is geen aanval op de wijze waarop het bestuur en de raad van commissarissen in Nederlandse vennootschappen functioneren. Uit onderzoek blijkt dat juist de wijze waarop de meeste besturen en raden van commissarissen functioneren, garant staat voor besluitvorming van hoge kwaliteit.⁶⁹ Er zijn (empirische) aanwijzingen dat groepen bij complexe beslissingen betere beslissingen nemen dan individuen⁷⁰ en dat dit vooral geldt voor groepen waarin sprake is van gelijkwaardige verhoudingen, een grote mate van cohesie en besluitvorming op basis van consensus.⁷¹ Deze factoren hebben voor de besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen in het algemeen dus een gunstig effect. Ook als deze mensen deel uitmaken van het bestuur of de raad van commissarissen van een vennootschap. Het is zelfs noodzakelijk dat dergelijke factoren een rol spelen. Als er geen neiging bestond tot conformisme zou consensus in veel gevallen onmogelijk zijn. Een bestuur of raad van commissarissen kan bij voortdurend gebrek aan consensus niet goed functioneren. De neiging om selectief om te gaan met informatie is lang niet altijd negatief. Het kan ook een manier zijn voor bestuurders en commissarissen om in een relatief kort tijdsbestek op basis van (vaak) onvolledige informatie met enige

67 Poole & Billingsley 1989, p. 217.

68 Simmler 1950, p. 123 e.v.

69 Bainbridge 2002, p. 18.

70 Bainbridge 2002, p. 12 e.v. en Haft 1981, p. 9 geven een overzicht van deze aanwijzingen. Het onderzoek van Blinder & Morgan 2000, p. 47 ondersteunt deze conclusie. Zij concluderen dat '[s]ociety is (...) wise to assign many important decisions to committees'. Een groep neemt betere beslissingen dan het gemiddelde lid van de groep. Dat een groep ook een betere beslissing neemt dan het beste lid van een groep is op basis van laboratoriumonderzoek omstreden. Omdat op voorhand niet valt te zeggen wie het beste lid is van een groep en omdat het beste lid van een groep per beslissing een ander kan zijn, neemt een groep bij complexe beslissingen buiten het laboratorium gemiddeld betere beslissingen dan een individu (Bainbridge 2002, p. 25). Een groep profiteert van het delen en uitwisselen van informatie en van de mogelijkheid om fouten bij elkaar te corrigeren (Bainbridge 2002, p. 30).

71 Haft 1981, p. 14-15 en 19 (gelijkwaardigheid), p. 22-24 (cohesie), p. 33-35 (consensus) en de daar vermelde literatuur. Baron & Kerr 2003, p. 75-76, wijzen erop dat conformisme vaak noodzakelijk is om in een groep gecoördineerd en efficiënt te kunnen opereren.

snelheid besluiten te kunnen nemen. Maar er zijn ook besluiten over onderwerpen waarop sociaalpsychologische factoren een niet gewenste invloed kunnen hebben. In deze en de volgende paragraaf besteed ik aandacht aan een aantal van deze besluiten. Achtereenvolgens ga ik in op: (a) aansprakelijkstelling van bestuursleden en commissarissen; (b) aansprakelijkheid en risicomijding; (c) resultaatafhankelijke beloning, en (d) selectie van bestuurders en commissarissen.

(a) Aansprakelijkstelling van bestuursleden en commissarissen

Artikel 2:9 BW leidt tot aansprakelijkheid tegenover de vennootschap als een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en als hem hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor commissarissen geldt dit op overeenkomstige wijze. Het bestuur is bevoegd om namens de vennootschap te besluiten een vordering tot schadevergoeding tegen een of meer bestuurders of commissarissen in te stellen. Het bestuur is immers belast met het bestuur van de vennootschap en daar valt ook onder besluitvorming over het starten van juridische procedures. Daarnaast is algemeen aanvaard dat ook de raad van commissarissen mag besluiten tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding tegen een of meer bestuurders. De raad van commissarissen heeft deze bevoegdheid, die eigenlijk een bestuursbevoegdheid is, omdat van bestuurders niet verwacht kan worden dat zij medebestuurders namens de vennootschap aanspreken. Zij hebben veelal een tegenstrijdig belang. Voor een *one-tier board* zou ik willen aannemen dat de niet uitvoerende bestuurders zonder medewerking van de uitvoerende bestuurders kunnen besluiten om een vordering tot schadevergoeding tegen een of meer (voormalige) uitvoerende bestuurders in te stellen.

In de praktijk blijkt dat niet alleen zittende bestuurders, maar ook zittende commissarissen (nagenoeg) nooit een vordering uit artikel 2:9 BW instellen tegen een medebestuurder of een medecommissaris.⁷² Het is doorgaans de curator van een failliete vennootschap die (meestal subsidiair naast een vordering uit art. 2:138/248 BW) een vordering op grond van art. 2:9 BW instelt.⁷³ In enkele gevallen stellen (doorgaans nieuw aangetreden) bestuurders een vordering uit artikel 2:9 BW in tegen oud-bestuurders of oud-commissarissen.⁷⁴

Nu zou de zeldzaamheid van rechtspraak waaruit blijkt dat de vennootschap een vordering heeft ingesteld tegen een van haar (oud-)bestuurders of (oud-)commissarissen er

72 Rechtspraak waarin hiervan sprake is, komt waarschijnlijk nauwelijks voor. Ik heb deze niet aangetroffen. De *one-tier*-structuur is te kort geleden ingevoerd om hierover al iets te kunnen zeggen. Zie hierover ook Eshuis e.a. 2012 en Van de Bunt e.a. in deze bundel.

73 Zie naast veel meer voorbeelden bijvoorbeeld HR 11 juni 1999, NJ 1999/586, JOR 1999/146; HR 10 december 1999, NJ 2000/6, JOR 2000/11.

74 Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1997, NJ 1997/360; HR 29 november 2002, NJ 2003/455, JOR 2003/2; HR 4 april 2003, NJ 2003/538.

ook op kunnen duiden dat gevallen waarin van ernstig tekortschieten sprake is, zich niet voordoen. Hiertegen pleit de relatief grote hoeveelheid rechtspraak waarin de curator (mede) een beroep doet op artikel 2:9 BW. Dat een vennootschap een van haar (oud-)bestuurders of (oud-)commissarissen in de regel niet zal aanspreken, wijt Van der Grinten aan het volgende:

‘Over de vraag of zulk een vordering tegen een bestuurder zal worden ingesteld beslist het bestuur – of indien de bestuurder nog in functie zou zijn – de raad van commissarissen omdat er een tegenstrijdig belang is; over instelling van een vordering tegen de commissaris beslist het bestuur. Voor het instellen van een dergelijke vordering zullen het bestuur en de raad van commissarissen als regel niet gevoelen. Tegen een beslissing om zulk een vordering in te stellen bestaan grote psychologische bedenkingen. Wie wil een vordering instellen tegen iemand met wie men collegiaal is omgegaan. Het element dat men vuile was niet naar buiten wil brengen, speelt voorts een rol. Bij elke organisatie geldt dat men, met uitzondering wellicht van gevallen van notoire fraude hem die deel uitmaakt van de organisatie niet voor vergoeding van schade aanspreekt indien [hij] tekort schiet.’⁷⁵

Kisch had er al eerder op gewezen dat bestuurders ‘eenigen weêrstand zullen ondervinden een offensief te openen tegen een zittenden of juist afgetreden ambtsbroeder’.⁷⁶

Kisch en Van der Grinten wijzen erop dat tegen het instellen van een vordering tegen (oud-)bestuurders (maar hetzelfde geldt voor (oud-)commissarissen) psychologische bedenkingen bestaan. Ik wil deze psychologische bedenkingen concreter maken aan de hand van de sociaalpsychologische factoren die ik hiervoor heb besproken.

Allereerst zullen leden van een groep elkaar bevoordelen ten opzichte van leden of een lid van een andere groep. In een hechte groep zoals het bestuur of de raad van commissarissen, waarin sprake is van onderlinge afhankelijkheid tussen en gelijkenis van de leden onderling en een hoge motivatie om tot de groep te blijven behoren, is de werking hiervan sterker. Juist het oordeel over de betrouwbaarheid, eerlijkheid en loyaliteit is het meest gekleurd door het groepslidmaatschap. Het zijn juist die eigenschappen die een belangrijke rol spelen bij een oordeel over mogelijke aansprakelijkstelling van een (voormalig) groepslid ((voormalig) medebestuurder of medecommissaris) namens de vennootschap.

⁷⁵ Van der Grinten 1982, p. 201-202. Ook in het Duitse en Amerikaanse recht is erkend dat men geen hoge verwachtingen moet koesteren van het bestuur en de raad van commissarissen als het gaat om het instellen van vorderingen. Zie bijvoorbeeld voor het Duitse recht: Großfeld 1973, p. 109 en Ulmer 1999, p. 318, en voor het Amerikaanse recht: Thompson & Thomas 2002, p. 8 (over *special litigation committees* die doorgaans bestaan uit leden van de *board of directors*).

⁷⁶ Kisch 1940, p. 38.

Ook factoren die van invloed zijn op de wijze waarop individuen en groepen complexe beslissingen nemen, zijn van invloed op het oordeel over aansprakelijkstelling van een bestuurder of commissaris. De voorspelling over de uitkomst van een juridische procedure zal gekleurd zijn, omdat de kans op een uitkomst die wenselijk wordt geacht, hoger wordt ingeschat dan de kans op een uitkomst die niet gewenst is.⁷⁷ Aan argumenten die tegen het instellen van een vordering pleiten, zal in de regel meer gewicht worden toegekend dan aan argumenten die daarvoor pleiten. Hoe meer ruimte er is voor interpretatie, en dit is bijvoorbeeld het geval bij het verbinden van kwalificaties aan feiten, des te meer ruimte is er voor een gekleurd oordeel.⁷⁸ Ook de persoonlijke betrokkenheid van bestuurders of commissarissen bij een collega en de wens om die collega niet te betrekken in een gerechtelijke procedure sturen het oordeel over het al of niet instellen van een vordering.⁷⁹ De opvatting die leden van een groep hebben over bepaald gedrag – en die bepaalt hoe zij dat gedrag beoordelen bij elkaar – kan bovendien afwijken van de opvattingen die over dat gedrag leven in de maatschappij. Een illustratie hiervan – en overigens ook een illustratie van de neiging tot bevoordeling van eigen groepsleden – ontleen ik aan een uitspraak van Dick van Well, bestuursvoorzitter van het bouwbedrijf Dura Vermeer. Ik citeer:

*‘Maar het normbesef dat hoorde bij het bedrijfsleven, waarvan we de illusie hadden dat het maatschappelijk geaccepteerd was, blijkt nu anders te zijn. De onderlinge band met bouwers was sterker dan de band met de buitenwereld.’*⁸⁰

In de afgelopen jaren zijn ook in de financiële sector verschillende voorbeelden naar buiten gekomen van afwijkende, interne gedragsnormen. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op LIBOR-gate in het Verenigd Koninkrijk en op de verkooppraktijken van sommige banken, waarbij klanten producten kregen aangeprezen, terwijl die banken zelf speculeerden op een daling van die producten. In verband met dergelijke praktijken zei Stephen Hester, CEO van RBS, in oktober 2012 het volgende:

*‘Banks must undergo a wholesale change in their culture and refocus their behaviour on meeting the needs of customers to restore trust in the industry.’*⁸¹

⁷⁷ Farnsworth 2002, p. 1-2.

⁷⁸ Moore e.a. 2002, p. 5.

⁷⁹ Cox & Munsinger 1985, p. 89-99. Dat persoonlijke betrokkenheid bij een ander invloed heeft op een oordeel waarbij het belang bij die ander is betrokken, bevestigt ook het onderzoek van Moore e.a. 2002, p. 15.

⁸⁰ NRC Handelsblad 13 mei 2004 (‘Bouwer Dura heeft spijt van fraude’).

⁸¹ Zie een persbericht van Reuters over een voordracht van Hester aan de London School of Economics (<http://uk.reuters.com/article/2012/10/01/uk-rbs-hester-idUKBRE89013I20121001>). Een vergelijkbare uitspraak deed Marcus Agius, chairman van Barclays Bank in 2010, Financial Times, 4 oktober 2010 (‘Bad actions stick archbishop tells city’). Zie ook de voorbeelden in: Piena & Christensen 2013, p. 241 e.v. (waarin uitspraken worden aangehaald uit verhoren van hoge functionarissen van Amerikaanse banken) en Ashby e.a. 2012.

Daarnaast zijn aan een besluit tot aansprakelijkstelling van een (voormalige) bestuurder of commissaris nadelige consequenties verbonden voor de overige bestuurders en commissarissen. Artikel 2:9 BW gaat uit van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Het bestuur dat besluit namens de vennootschap een vordering in te stellen tegen een van zijn leden brengt als neveneffect ook zijn eigen (aansprakelijkheids)positie in gevaar. Het is bovendien slecht voor de reputatie van de bestuurders als zij in hun midden iemand de mogelijkheid hebben geboden onzorgvuldig te handelen. De beslissing van commissarissen om een of meer bestuurders aansprakelijk te stellen uit hoofde van onbehoorlijk bestuur heeft als neveneffect dat de commissarissen de kans lopen dat hun, bij gebleken onbehoorlijk bestuur, het verwijt gemaakt wordt dat zij zich niet zorgvuldig van hun toezichthoudende taak hebben gekweten. Deze neveneffecten kunnen het oordeel over aansprakelijkheid sturen. Een bestuurder die gedeeltelijk beloond wordt in opties of grootaandeelhouder is, kan zich bij de beslissing over aansprakelijkstelling bovendien mede laten leiden door de mogelijkheid van een koersdaling door negatieve publiciteit. De hiervoor genoemde factoren kunnen ertoe leiden dat de vennootschap geen vordering tot schadevergoeding instelt tegen (oud-)bestuurders of (oud-)commissarissen, ook in gevallen waarin dit wenselijk zou zijn.

In een bestuur dat uit twee personen bestaat, zal de persoonlijke betrokkenheid van de bestuurder bij zijn collega en de wens om die collega niet te betrekken in een gerechtelijke procedure het oordeel over aansprakelijkstelling nog sterker sturen. In een grotere groep kan elk individu de verantwoordelijkheid voor het instellen van een vordering afschuiven op de groep. In een tweepersonsgroep is dit onmogelijk. Ook zonder expliciete sociaal-psychologische onderbouwing zal iedereen aanvoelen dat men van een individuele bestuurder of commissaris niet kan verwachten dat hij een objectief en onafhankelijk oordeel over zijn eigen aansprakelijkheidspositie geeft. De mechanismen die hiervoor aan de orde kwamen, en met name de *self-serving bias* en de negatieve neveneffecten van het besluit, staan hieraan in de weg.

(b) Aansprakelijkheid en risicomijding

Ik schreef hiervoor dat negatieve neveneffecten van een beslissing grote invloed kunnen hebben op het nemen van die beslissing en op de inhoud ervan. Een belangrijk thema is de invloed die de mogelijkheid van aansprakelijkstelling en het daarmee verbonden gevaar van reputatieschade kan hebben op besluitvorming door bestuurders en commissarissen. Bestuurders kunnen terugdeinzen voor risicovolle, maar potentieel zeer winstgevende beslissingen en kiezen voor de veiliger, maar minder winstgevende weg.⁸² Bij die veilige

82 Zie uitgebreider hierover: Kroeze 2005.

weg is de kans op persoonlijke aansprakelijkstelling kleiner.⁸³ Er zijn aanwijzingen dat een geringe stijging van de kans op aansprakelijkheid tot onevenredige risicomijding kan leiden.⁸⁴

Een voorbeeld waaruit blijkt dat risicomijdend ondernemen daadwerkelijk nadelig kan zijn, ontleen ik aan de Macro Economische Verkenning 2004 van het Centraal Planbureau. Daarin staat als een van de verklaringen voor de hapering in de Amerikaanse opgaande conjunctuur in de tweede helft van 2002 dat '[d]e kritiek op bedrijfsbestuurders na het losbarsten van de boekhoudschandalen (...) hen mogelijk terughoudender [maakte] bij het nemen van risico's en het doen van investeringen'.⁸⁵ Dit strookt met een uitspraak van de voorzitter van de Amerikaanse *Federal Reserve Board*, Alan Greenspan, tijdens zijn halfjaarlijkse rapportage op 15 juli 2003 aan een commissie van het Huis van Afgevaardigden. Hij zei toen:

*'Corporate executives and boards of directors are seemingly unclear, in the wake of the recent intense focus on corporate behavior, about how an increase in risk-taking on their part would be viewed by shareholders and regulators. As a result, business leaders have been quite circumspect about embarking on major new investment projects.'*⁸⁶

Een andere bijwerking is dat allerlei indekgedrag toeneemt. Dit kan variëren van het vragen van adviezen van externe adviseurs louter ter onderbouwing van het reeds ingenomen standpunt, tot het strategisch plaatsen en laten vastleggen van waarschuwende opmerkingen bij belangrijke beslissingen of zelfs het wegblijven bij een vergadering waar een belangrijke beslissing op de agenda staat. Ook kan het ertoe leiden dat voorgenomen besluiten over onderwerpen waaraan een hoog aansprakelijkheidsrisico kleeft, zo langdurig en gedetailleerd worden besproken dat andere belangrijke besluiten niet de aandacht krijgen die zij verdienen.⁸⁷ Een ander gevolg is dat commissarissen in verband met hun eigen aansprakelijkheidspositie eerder het vertrouwen in een bestuurder opzeggen dan wenselijk is.⁸⁸ Daarnaast

83 De Hoge Raad wil hieraan tegemoetkomen door een hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid te hanteren: vgl. HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 (*Willemsen/NOM*): 'Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap (...) wordt voorkomen dat de bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.'

84 Bainbridge 2004, p. 124; McDonnel 2004, p. 24.

85 CPB 2004, p. 37.

86 Federal Reserve Board's semiannual monetary policy report to the Congress 2003.

87 Black e.a. 2005, p. 169.

88 Zie Algemeen Dagblad 17 februari 2005 ('Ontslag golf directeuren: Prestatiedruk te hoog opgevoerd'). De voorzitter van het Nederlands Centrum van Directeuren en Commissarissen zei op 9 oktober 2005 dat bestuurders steeds vaker en vaak te snel worden ontslagen (www.managersonline.nl/nieuws/2897/directeuren-steeds-gemakkelijker-op-straat-gezet.html; geraadpleegd op 28 januari 2008). In dat geval weegt het eigen belang sterker dan het groepsbelang.

speelt dat de beste kandidaten minder snel een positie als bestuurder willen bekleden. Rijke kandidaten hebben extra reden om te weigeren. Zij hebben immers veel te verliezen bij persoonlijke aansprakelijkstelling.⁸⁹ Het risico van aansprakelijkheid en reputatieverlies zal bovendien leiden tot hogere beloningen omdat bestuurders dit risico verdisconteerd willen zien in hun beloning.

(c) Resultaatafhankelijke beloning

Bestuurders kunnen beloond worden voor goede resultaten. Dit kan bijvoorbeeld met opties en andere resultaatafhankelijke beloningen, zoals een bonus bij een bepaalde winst of bij het vinden van nieuwe oliereserves. Resultaatafhankelijk belonen bewerkstelligt een gemeenschappelijk belang tussen de bestuurders en de vennootschap (en haar aandeelhouders). De gedachte is dat de bestuurder verdient als de vennootschap verdient. Raaijmakers wijst er in deze bundel op dat er twijfels bestaan of hedendaagse beloningstelsels wel een positieve prikkel bieden tot betere prestaties. Zeker is in elk geval dat zij kunnen leiden tot manipulatie. Bestuurders ontvangen namelijk niet alleen een beloning als zij meer winst maken, of als zij olie vinden, maar ook als zij met succes de indruk wekken dat zij meer winst maken of dat zij olie vinden. Zo schreef *Het Financieele Dagblad* op 16 juli 2004 dat een aantal onderzoekers concludeerde dat het te hoog voorstellen van de oliereserves bij Shell mede veroorzaakt was doordat bestuurders er financieel belang bij hadden om de oliereserves zo hoog mogelijk voor te stellen. Van Duijn schreef over de miljarden die banken op hun leningenportefeuille hebben moeten afschrijven, het volgende:

‘Nergens ter wereld worden zulke miljoenenbonussen betaald als in de financiële sector, maar hoe is het gesteld met het risicobesef van bankiers? Nu pas wordt duidelijk aan welke gevaren zij de economie met hun roekeloos gedrag hebben blootgesteld.’⁹⁰

Deze voorbeelden illustreren dat neveneffecten van een besluit invloed kunnen hebben op de inhoud van dat besluit. Dit is de reden dat de Code Tabaksblad in hoofdstuk III.7 bepaalt dat de bezoldiging van commissarissen niet afhankelijk mag zijn van de resultaten van de vennootschap. Dit zou afbreuk doen aan de onafhankelijkheid van hun toezicht. De Monitoring Commissie Corporate Governance Code heeft in haar rapport van december 2012 bepaald dat bepalingen die gelden voor commissarissen direct toegepast moeten worden op niet-uitvoerende bestuurders in een *one tier board*.⁹¹

⁸⁹ Zie in deze zin Black e.a. 2005, p. 169.

⁹⁰ Van Duijn 2008.

⁹¹ Jaarrapport 2012, p. 12.

(d) De samenstelling van besturen en raden van commissarissen

Een onderwerp dat veel aandacht trekt, is de samenstelling van besturen en raden van commissarissen.⁹² Hiervoor bleek al dat het profiel van Nederlandse besturen en raden van commissarissen weinig variatie kent. Het gaat in de regel om blanke mannen van vijftig jaar of ouder, afkomstig uit de sociale bovenlaag en niet-progressief georiënteerd. Het aantal vrouwelijke bestuurders en commissarissen is klein. Hetzelfde geldt voor bestuurders en commissarissen uit etnische minderheidsgroepen. Aan de eenzijdige samenstelling draagt bij de wijze waarop de selectie van bestuurders en commissarissen plaatsvindt. Hiervoor bleek al dat mensen met dezelfde achtergrond elkaar aardiger vinden en elkaar gunstiger beoordelen dan mensen met een verschillende achtergrond.⁹³ Bovendien bleek dat kandidaten vaak gerekruteerd worden uit het netwerk van zittende bestuurders en commissarissen en dat gezocht wordt naar kandidaten die kunnen meedraaien in een homogene en collegiale groep. Dit draagt ertoe bij dat kandidaten met dezelfde achtergrond als de zittende functionarissen een veel grotere kans hebben om geselecteerd te worden.

9 OPLOSSINGEN

In deze paragraaf doe ik enkele aanbevelingen die tegemoet kunnen komen aan de knelpunten die ik hiervoor signaleerde. Ik merk op dat voor de meeste knelpunten verschillende oplossingen denkbaar zijn. Handhaving van gedragsnormen voor bestuurders en commissarissen vindt vaak plaats via civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures, maar niet ondenkbaar is om sommige normen via het strafrecht of het bestuursrecht te handhaven. Voor het effectenrecht, het mededingingsrecht en voor sommige strafrechtelijke vergrijpen, die ook bestuurders of commissarissen kunnen begaan, gebeurt dat al. Diversiteit van besturen en raden van commissarissen is via wettelijk ingrijpen op te leggen, maar de betrokkenen kunnen ook via zelfregulering diversiteit stimuleren. Ik besteed in deze paragraaf niet uitgebreid aandacht aan strategieën om bijvoorbeeld conformisme, *group polarization* of *groupthink* tegen te gaan. In psychologische en bedrijfskundige literatuur wordt hierover uitgebreid geschreven. Het betreft dan aanbevelingen als een open discussie, discussiëren in subgroepen, extern advies vragen, de voorzitter die als laatste zijn mening geeft, de voorzitter die voor de vergadering individuele oordelen vraagt, leden die allen afzonderlijk van elkaar een reactie op schrift stellen, expliciet vragen of er nog andere gezichtspunten zijn die besproken moeten worden en het aanwijzen van een *advocaat van de duivel* die tegenargumenten aanvoert.

⁹² Zie hierover Engelen in deze bundel.

⁹³ Taylor e.a. 2006, hoofdstuk 8.

(a) *Aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen*

Dat de raad van commissarissen of niet uitvoerende bestuurders kunnen besluiten tot aansprakelijkstelling van (uitvoerende) bestuurders en dat het bestuur kan besluiten tot aansprakelijkstelling van commissarissen is niet voldoende. Hieraan liggen praktische en principiële bezwaren ten grondslag. Een praktisch bezwaar is dat de raad van commissarissen, behoudens bij de structuurvennootschap, geen verplicht orgaan is. Ook niet-uitvoerende bestuurders zijn niet verplicht. Veel bv's hebben geen raad van commissarissen of niet uitvoerende bestuurders. Een tweede praktisch bezwaar is dat de raad van commissarissen voor zijn informatie afhankelijk is van het bestuur.⁹⁴ De Jongh heeft opgemerkt dat dit tot de paradoxale situatie leidt dat de raad van commissarissen voor de benodigde informatie afhankelijk is van het orgaan waarop hij vervolgens met behulp van die informatie toezicht moet houden.⁹⁵ Commissarissen erkennen zelfs dat het bestuur de neiging kan hebben om in een rapportage selectief te werk te gaan, te kleuren of te verhullen.⁹⁶ Uit het onderzoek van De Jongh blijkt dat bestuurders veelal vinden dat commissarissen bepaalde aspecten van de bedrijfsvoering doorgaans niet kunnen beoordelen en dan ook moeilijk kunnen bepalen wat op die punten slecht beleid is en wat niet.⁹⁷ Aan dit bezwaar komt een *one-tier*-structuur gedeeltelijk tegemoet, doordat de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders deel uitmaken van hetzelfde orgaan en de niet-uitvoerende bestuurders vanuit hun bestuursverantwoordelijkheid (iets) dichter op de dagelijkse gang van zaken zitten dan commissarissen.⁹⁸ Dat neemt niet weg dat ook in een *one-tier*-structuur de uitvoerende bestuurders een informatievoorsprong hebben op de niet-uitvoerende bestuurders en vaak buiten aanwezigheid van de niet-uitvoerende bestuurders bijeen zullen komen.

Meer principieel is het bezwaar dat de raad van commissarissen in veel gevallen een groep vormt met de bestuurders (en de niet-uitvoerende bestuurders met de uitvoerende bestuurders).⁹⁹ In veel vennootschappen vormen gezamenlijke vergaderingen met de raad

94 Verschillende commissarissen hebben opgemerkt dat een gebrek aan informatie een van de grootste problemen is voor commissarissen die hun taak goed willen uitvoeren: Schoenmakers 2002, p. 16. Overigens komt het steeds vaker voor dat de raad van commissarissen ook buiten de kanalen van het bestuur om informatie vergaart: zie Buitenhuis & Van Zanten 2001, p. 44. Zie hierover ook Van der Knoop 1991, p. 81, 85-86 en 96.

95 De Jongh 1987, p. 54.

96 De Jongh 1987, p. 56-57, Van der Knoop 1991, p. 85-86.

97 De Jongh 1987, p. 131-132. Dit nadeel hebben doorgaans ook de aandeelhouders.

98 Zie in deze zin bijvoorbeeld Kees Storm in Het Financieel Dagblad, 13 april 2013 ('Het is jammer dat de discussie hier altijd over beloningen gaat'): 'Bij een one tier board moeten besluiten door het voltallige bestuur worden genomen en daarmee beschikken ook de toezichthouders altijd over de relevante informatie.'

99 Zie De Jongh 1992, p. 97, die in een onderzoek naar het functioneren van de ondernemingsraad tot de conclusie komt dat de raad van commissarissen in de ogen van de ondernemingsraad 'zo sterk op de directie is georiënteerd dat hij min of meer volger is van degene over wie hij toezicht heeft'. Een van de ondervraagde OR-leden merkt op dat de raad van commissarissen instinctief de kant van de raad van bestuur kiest. Zie ook Fennema & Heemskerk 2004: 'Bestuurders en toezichthouders zijn moeilijk te scheiden en een hecht vervlochten groep (...)'. Zie ook Den Boogert 2005.

van commissarissen en het bestuur de regel en gescheiden vergaderingen de uitzondering.¹⁰⁰ In een *one-tier*-bestuur zal dit niet anders zijn. Om goed te kunnen functioneren zijn de verhoudingen tussen leden van het bestuur en leden van de raad van commissarissen gebaseerd op wederzijds vertrouwen.¹⁰¹ Bestuurders en commissarissen hebben in de regel een vergelijkbare achtergrond.¹⁰² Het bestuur bemoeit zich dikwijls intensief met de selectie van kandidaat-bestuurders en -commissarissen.¹⁰³ Om die reden zullen de krachten die zich in groepen manifesteren zich ook kunnen manifesteren als de raad van commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders te oordelen hebben over aansprakelijkstelling van een of meer (uitvoerende) bestuurders.¹⁰⁴ Daar komt bij dat de raad van commissarissen of de niet-uitvoerende bestuurders bij een besluit tot aansprakelijkstelling ook hun eigen positie in de waagschaal stellen. Tot slot blijkt dat de raad van commissarissen zich steeds vaker intensief inlaat met het beleid van de onderneming.¹⁰⁵ Voor niet-uitvoerende bestuurders geldt dat *qualitate qua*. Zij maken zich daarmee medeverantwoordelijk voor het gevoerde beleid. Ook dit staat in de weg aan een objectief en onafhankelijk oordeel over de vraag of dat gevoerde beleid tot aansprakelijkstelling kan leiden.

Deze omstandigheden rechtvaardigen een inbreuk op de zelfstandigheid en de beleidsvrijheid van het bestuur en de raad van commissarissen, in die zin dat het initiatief tot aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen niet uitsluitend aan deze organen moet toekomen. Het ligt het meest voor de hand om deze bevoegdheid mede toe te kennen aan de aandeelhouders. De aandeelhouders staan regelmatig op grotere afstand van de bestuurders en commissarissen. Hun oordeel is minder gekleurd door sociaalpsychologische factoren. In de Verenigde Staten en in nagenoeg alle Europese landen hebben individuele aandeelhouders of een kleine minderheid van de aandeelhouders de mogelijkheid om in een afgeleide actie namens de vennootschap een vordering in te stellen tegen bestuurders of commissarissen of om te bewerkstelligen dat dit gebeurt. Zij zijn de dienaren

100 Van der Knoop 1991, p. 71 en p. 97.

101 Van der Knoop 1991, p. 70.

102 Zie in deze zin De Jongh 1987, p. 101 en de literatuur vermeld in noot 5.

103 Art. 2:158/268 lid 4 BW geeft het bestuur bij structuurvennootschappen een aanbevelingsrecht. Zie over rol van het bestuur in de praktijk: Honée 1979, p. 127 en De Jongh 1987, p. 68-69.

104 Schukken, voormalig bestuursvoorzitter van SHV-Makro, merkt op: 'Ik zou graag zien dat toezichthouders wat meer lef toonden. Dat ze in durfden te gaan tegen een zittende directie. Helaas zie je dat zelden gebeuren.' De onafhankelijkheid van een commissaris omschrijft hij als theoretische onafhankelijkheid: Buitenhuis & Van Zanten 2001, p. 46. Schoenmaker 2002, p. 14, constateert dat in bedrijven waarin aandeelhouders het ondernemingsbestuur aanspreken op zijn prestaties de bestuurders en commissarissen de rijen sluiten. Dit is ook de ratio van de tweede volzin van art. 2:146/256 BW (zie aldus: Asser-Maeijer 2-III, nr. 296).

105 Zie hierover Buitenhuis & Van Zanten 2001: 'Ton Risseeuw, voormalig bestuursvoorzitter van Getronics, en Dudley Eustace, voormalig bestuurslid van Philips, zijn nauw betrokken bij de dagelijkse gang van zaken, maar niet als gedelegeerd commissaris. Zij zijn nog gewoon lid van de raad van commissarissen en houden dus ook nog toezicht op hun eigen betrokkenheid bij het beleid van KPN.' Ook Van Oordt, (voormalig) commissaris bij Nokia, Draka Holding, Rodamco Europe, Fortis Bank, Schering-Plough en Umicore, constateert dat de rol van commissarissen verschuift van toezicht naar betrokkenheid, in: Schoenmakers 2002, p. 14.

van private rechtshandhaving. Dat het Nederlandse recht deze mogelijkheid niet kent, is uitzonderlijk. Invoering van een afgeleide actie in het Nederlandse recht zou tegemoetkomen aan de hiervoor besproken bezwaren tegen de huidige situatie waarbij het initiatief tot aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen door de vennootschap alleen uit kan gaan van bestuurders en commissarissen zelf (en van curatoren, maar dan is het te laat). Invoering van een afgeleide actie zal een belangrijke bijdrage leveren aan de handhaving van vennootschapsrechtelijke (gedrags)normen. Dit vergroot de geldingskracht van die normen en de preventieve werking die van die normen uitgaat.¹⁰⁶ Als vennootschapsrechtelijke normen daadwerkelijk worden gehandhaafd, hebben bestuurders en commissarissen er een groter persoonlijk belang bij om die normen na te leven. Een afgeleide actie kan er zo toe bijdragen dat bestuurders en commissarissen de belangen van de vennootschap zo goed mogelijk behartigen. Zodra een vennootschap haar schuldeisers niet meer kan betalen, spelen ook de schuldeisers – als buitenstaanders – een belangrijke rol bij de handhaving van gedragsnormen in het vennootschapsrecht.

(b) Aansprakelijkheid en risicomijding

Het aansprakelijkheidsrecht vervult in het ondernemingsrecht een belangrijke en nuttige functie. Het bewerkstelligt dat er een sanctie wordt gesteld op normoverschrijdend handelen van bestuurders en commissarissen. Aan de andere kant zijn de nadelen van overmatige risicomijding door bestuurders en commissarissen uit angst voor aansprakelijkheid evident. Het is belangrijk om die nadelen onder ogen te zien en aan die angst – voor zover hij ongerechtvaardigd is – tegemoet te komen. Naar mijn mening zou het goed zijn om in het Nederlandse recht te toetsen aan een doctrine die vergelijkbaar is met de Amerikaanse *business judgment rule*.¹⁰⁷ Op grond van deze regel toetst een rechter een ondernemingsbeslissing niet inhoudelijk als bestuurders hebben gehandeld in het belang van de vennootschap op basis van adequate informatie en na zorgvuldige overweging. De rechter komt pas toe aan een inhoudelijke toetsing van bestuursbeslissingen als de eisende partij kan aantonen dat een beslissing niet te goeder trouw en niet in het belang van de vennootschap is genomen. Het voordeel hiervan is dat de rechter niet *inhindsight* ondernemingsbeslissingen hoeft te toetsen waarvan de risico's zich al hebben verwezenlijkt en dat bestuurders op voorhand hun aansprakelijkheidspositie beter kunnen schatten.¹⁰⁸ Daarnaast kan

106 Commissie Korthals Altes 1995, p. 78. De commissie-Korthals Altes merkt op dat 'een sterke preventieve werking zal uitgaan van een uitbreiding van aansprakelijkheid van de voor het beleid van de rechtspersoon verantwoordelijke natuurlijke personen.' De opmerking van de commissie had betrekking op externe aansprakelijkheid van bestuurders, maar geldt ook voor interne aansprakelijkheid (tegenover de rechtspersoon).

107 In deze zin: Assink 2007, p. 607 e.v. en Kroeze 2004, p. 375. Zie ook Assink & Kroeze 2010.

108 Risicomijdend ondernemen moet mijns inziens voorkomen worden door aanpassing van de aansprakelijkheidsnorm en niet door het in sterke mate bemoeilijken van de handhavingsmogelijkheden van die norm.

overmatige risicomijding tegengegaan worden door niet al te veel belemmeringen op te werpen tegen afwenteling van de financiële gevolgen van aansprakelijkheid op bijvoorbeeld de vennootschap via een vrijwaring of op een verzekeraar via een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Als de persoonlijke negatieve neveneffecten van een ondernemersbeslissing geringer zijn, zullen deze minder invloed hebben op de inhoud van besluiten. Het afgelopen decennium zijn bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen heel gebruikelijk geworden. De afgelopen paar jaar geldt voor vrijwarings van bestuurders door de vennootschap hetzelfde.

(c) Resultaatafhankelijke beloning

Resultaatafhankelijke beloning speelt een belangrijke rol bij het laten samenvallen van de belangen van het management en van de vennootschap en haar aandeelhouders. Dergelijke beloningen vervullen om die reden een nuttige functie.¹⁰⁹ Van groot belang bij resultaatafhankelijke beloningen is dat het resultaat waarvan zij afhankelijk zijn, op een transparante en eenduidige manier is vast te stellen en dat deze vaststelling geschiedt door personen die zelf geen belang hebben bij de hoogte van het resultaat.¹¹⁰ Het zou aanbeveling verdienen als die vaststelling bovendien wordt geaccordeerd door iemand die niet bij de vennootschap is betrokken.

De raad van commissarissen of de niet-uitvoerende bestuurders, of een commissie uit hun midden, zijn de eerst aangewezenen om het resultaat ten behoeve van de beloning vast te stellen. Accordering zou dan bijvoorbeeld plaats kunnen vinden door een externe accountant. Als de beloning van de commissarissen of de niet-uitvoerende bestuurders resultaatafhankelijk is, is het wenselijk dat ook de vaststelling van het resultaat waarvan zij afhankelijk is, door buitenstaanders plaatsvindt. Dat een buitenstaander bij kwesties over de beloning wordt betrokken, is ook van belang omdat uit onderzoek kan worden afgeleid dat een bestuurder een hogere beloning krijgt naarmate hij meer persoonlijke gelijkens heeft met de commissarissen. De commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders schatten de waarde van een bestuurder voor de vennootschap dan hoger in.¹¹¹ Overigens is voor nv's in 2004 de bepaling over de bezoldiging van bestuurders zodanig aangepast dat de vergadering van aandeelhouders dwingendrechtelijk de bevoegdheid heeft om het bezoldigingsbeleid vast te stellen en om voorstellen tot toekenning van aandelen en opties daarop goed te keuren (art. 2:135 BW). Daarmee is voor nv's enige bemoeienis door relatieve

¹⁰⁹ Zie o.a. Jensen & Murphy 2004.

¹¹⁰ Zie voor aanbevelingen voor resultaatafhankelijke beloningen (waaronder optieplannen en bonussen) ook Jensen & Murphy 2004, p. 50 e.v.

¹¹¹ Westphal & Zajac 1995, p. 79 vinden dit effect voor Amerikaanse *boards*. Ook Bebchuk & Fried 2004, p. 31 e.v. wijzen op de sociale en psychologische factoren bij het toekennen van beloning.

buitenstaanders gewaarborgd; al leert de ervaring dat de algemene vergadering van aandeelhouders met deze extra bevoegdheden het beloningsbeleid nauwelijks kan beïnvloeden.

(d) De samenstelling van besturen en raden van commissarissen

Er zijn aanwijzingen dat besturen en raden van commissarissen die diverser zijn samengesteld, bijdragen aan betere prestaties van ondernemingen.¹¹² Een van de oorzaken hiervan zou kunnen zijn dat bij besluitvorming meer verschillende gezichtspunten en alternatieven de revue passeren en dat daardoor het gevaar van (te veel) conformisme, *group polarization* en *groupthink* afneemt. Wat de deelname van vrouwen betreft, zou bovendien een oorzaak kunnen zijn dat vrouwen gemiddeld wat risicomijdender zijn dan mannen en dat dit in een bestuur of raad van commissarissen leidt tot betere afwegingen.¹¹³ Daarnaast zijn maatschappelijk-ethische argumenten (zoals dat van gelijke behandeling) aan te voeren voor meer diversiteit in besturen en raden van commissarissen.¹¹⁴ Het voorgaande pleit ervoor om diversiteit in besturen en raden van commissarissen te stimuleren. Daarbij moet tegenwicht geboden worden aan de neiging van zittende bestuurders en commissarissen om op hen lijkende kandidaten te selecteren uit hun eigen netwerk omdat zij deze het meest geschikt achten.

Een eerste stap is de maatschappelijke bewustwording dat het belangrijk is om divers samengestelde bestuursorganen en toezichtorganen te hebben. Dit kan bijvoorbeeld doordat opinieformers, lobbyisten en politici het debat hierover beginnen. Zo riep Rinnooy Kan, voormalig voorzitter van de SER, in 2008 op om ruimte te geven aan diversiteit en een nieuwe generatie leiders in het bedrijfsleven en om iets te doen aan het lage aantal vrouwelijke commissarissen. Nog onlangs sprak minister Kamp van Economische Zaken de wens uit dat bedrijven voor de benoeming van meer vrouwelijke commissarissen zouden zorgen.¹¹⁵ Ook actieve aandeelhouders, zoals institutionele beleggers, kunnen invloed uit-

112 Zie voor een beknopt overzicht van de vele onderzoeken op dit terrein, die in verschillende richtingen wijzen, Gómez Ansón 2012, p. 24 e.v. Zie ook de literatuur vermeld in Carter e.a. 2010 en Carter e.a. 2003 en de literatuur vermeld in Rose 2007 en Barnard 2007. Een positief verband tussen meer vrouwen in de *board of directors* en betere ondernemingsprestaties volgt ook uit Catalyst 2007 (Amerikaanse vennootschappen) en Smith 2005 (Deense vennootschappen). Een dergelijk verband wordt niet gevonden door Rose 2007 (Deense vennootschappen). Carter e.a. 2010 vinden geen positief en geen negatief verband. Zij concluderen dat de discussie over het opnemen van vrouwen en minderheden in het management op basis van andere argumenten gevoerd moet worden dan financiële prestaties. Zie voor de beperkingen van een onderzoek naar de Nederlandse situatie: Lückerrath-Rovers 2007. Zie voor een onderzoek naar de Noorse situatie waar sinds 2006 een quotum voor vrouwelijke en mannelijke bestuurders geldt: Nygaard 2011.

113 MacLeod Heminway 2007, p. 192. Zie voor een overzicht van andere mogelijke oorzaken: De Bos 2007b, p. 18-19.

114 Zie in deze richting Burch 2011.

115 Rinnooy Kan zei dit tijdens het congres *Balancing the boardroom* bij de SER (www.ser.nl/nl/publicaties/overzicht%20ser%20bulletin/2008/januari_2008/03.aspx). Minister Kamp zei dit bij de ontvangst van het vierde rapport van de Commissie Corporate Governance Code op 13 december 2012.

oefenen op de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. Dergelijke initiatieven hebben invloed op de zittende bestuurders en commissarissen. Zij zijn er mede oorzaak van dat bijvoorbeeld de positie van vrouwen in besturen en raden van commissarissen in Nederland (zeer) langzaam verbetert. De toegenomen bewustwording levert wel enig, maar toch nog onvoldoende resultaat op. De Monitoring Commissie Corporate Governance Code merkt in haar rapport 2012 op dat de diversiteit in geslacht nauwelijks is toegenomen en dat weinig gebruik is gemaakt van de aanwezige veranderingsruimte.¹¹⁶ De aanbevelingen van de Monitoring Commissie uit het rapport 2007 over diversiteit hebben niet geholpen.¹¹⁷ Ook uit de verschillende edities van de Female Board Index van Lückcrath-Rovers blijkt dat de diversiteit in besturen en raden van commissarissen slechts langzaam toeneemt. Zo was in 2007 5,2% van de bestuurders en commissarissen van beursgenoteerde ondernemingen vrouw. In 2012 is dit gestegen tot 10,4%.¹¹⁸ Indrukwekkend is een verdubbeling in vijf jaar, bij zulke lage percentages, niet. Als het in dit tempo doorgaat, is in 2033 een derde van het aantal bestuurders en commissarissen vrouw. Waarschijnlijker is dat zonder nadere maatregelen het percentage stagneert rond 15%, zoals in landen om ons heen.

Een tweede manier om tegenwicht te bieden aan de neiging om kandidaten te selecteren die veel gemeen hebben met de zittende bestuurders en commissarissen is om de selectie van geschikte vrouwelijke kandidaten of kandidaten met een bepaalde etnische achtergrond over te laten aan een daarin gespecialiseerd wervings- en selectiebureau. De persoonlijke voorkeuren van het zittende management spelen dan een minder grote rol.

Daarnaast is het mogelijk om quota op basis van zelfregulering voor te schrijven. De Monitoring Commissie Corporate Governance heeft in 2007 overwogen om dit in de Nederlandse Corporate Governance Code te doen, maar heeft daarvan afgezien.¹¹⁹ Ook wettelijk ingrijpen is mogelijk. Een sprekend voorbeeld daarvan is de Noorse aanpak, waarbij Noorse nv's (al dan niet beursgenoteerd) vanaf 1 januari 2006 verplicht zijn om ten minste 40% vrouwen en 40% mannen in het managementorgaan te benoemen. Noorse vennootschappen hadden tot 1 januari 2008 de tijd om aan deze eis te voldoen. De sanctie op het niet voldoen aan de minimumeis was gedwongen ontbinding en liquidatie van de vennootschap. Vanaf april 2008 voldeden alle vennootschappen aan de minimumeis. Het aantal vrouwen in het bestuursorgaan is gestegen van 3,2% in 1999 naar 40,8% in 2009.¹²⁰ Er zijn geen vennootschappen ontbonden en geliquideerd. Ook de Europese Unie overweegt

116 Monitoring Commissie Corporate Governance Code 2012, p. 10.

117 Jaarrapport 2007.

118 De verschillende afleveringen van de Female Board Index zijn onder deze titel via Google eenvoudig te vinden.

119 Jaarrapport 2007.

120 Nygaard 2011, p. 26. Zie over het Noorse systeem ook Teigen 2012, p. 70 e.v., Barnard 2007 en de achtergrondinformatie voor het congres *Balancing the boardroom* uit 2008: www.ser.nl/~media/Files/Internet/Congressen/2007/20071121_Background.ashx.

een quotumregeling voor te schrijven aan de lidstaten. Daartoe is eind 2012 een voorstel voor een EU-richtlijn gepubliceerd.¹²¹

In de vorige druk van dit boek schreef ik dat de positie van vrouwen en etnische minderheden in Nederlandse besturen en raden van commissarissen op korte termijn waarschijnlijk niet zou verbeteren als niet wettelijk zou worden ingegrepen. De maatschappelijke wens dat besturen en raden van commissarissen diverser zijn samengesteld, is, zo schreef ik, waarschijnlijk niet voldoende om tegenwicht te bieden aan de sociaalpsychologische factoren die van invloed zijn op de selectie van bestuurders en commissarissen. Het veelgebruikte argument dat ‘vrouwen gekozen moeten worden vanwege hun persoonlijke kwaliteiten, niet omdat ze vrouw zijn’ is op zich juist, maar gaat eraan voorbij dat de beoordeling van die persoonlijke kwaliteiten nogal subjectief is en sterk wordt beïnvloed door de gelijkenis die zittende bestuurders en commissarissen ervaren met de voorgedragen kandidaat.¹²² Het is daarom toe te juichen dat met ingang van 1 januari 2013 ook in Nederland in artikel 2:166/276 BW een quotum is voorgeschreven voor de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. Daarin is voor grote nv’s en bv’s bepaald dat bij een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen ten minste 30% van de zetels wordt bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen, voor zover deze zetels worden verdeeld over natuurlijke personen.¹²³ Spijtig is dat deze bepaling een tandeloze tijger zal blijken te zijn. Afwijking is namelijk toegestaan en een sanctie – zoals in het Noorse voorbeeld ontbinding van de vennootschap – ontbreekt. Artikel 2:391 lid 7 BW bepaalt namelijk dat vennootschappen die niet aan de eis van een evenwichtige verdeling voldoen, in hun jaarverslag uiteen moeten zetten waarom de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld, op welke wijze de vennootschap heeft getracht tot een evenwichtige verdeling te komen en op welke wijze de vennootschap in de toekomst beoogt een evenwichtige verdeling van zetels te realiseren. Daarmee is de regeling niet krachtiger dan zelfregulering. Als klap op de vuurpijl vervalt de quotumregeling alweer per 1 januari 2016. Daarmee is deze regeling symboolwetgeving; een belangrijk symbool waarvan weinig verwacht kan worden. Door de vrijblijvendheid en tijdelijkheid biedt de regeling geen tegenwicht aan de oorzaken voor het gebrek aan diversiteit in besturen en raden van commissarissen. Een wettelijke regeling met een echte sanctie en met een langere geldings-

121 Voorstel voor een Richtlijn inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, 14 november 2012, COM (2012) 614 final: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:nl:PDF> (geraadpleegd op 18 april 2013).

122 In deze zin Jos Streppel, toenmalig lid en thans voorzitter van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code: www.ser.nl/nl/publicaties/overzicht%20ser%20bulletin/2008/januari_2008/03.aspx (geraadpleegd op 18 april 2013). Het voorgaande laat natuurlijk onverlet dat kandidaat-bestuurders en -commissarissen wel bepaalde persoonlijke kwaliteiten moeten hebben. Een van die kwaliteiten is dat zij collegiaal in een groep kunnen samenwerken.

123 Zie hiertegen op grond van argumenten ontleend aan een ‘optimale corporate governance configuratie’ Engelen in deze bundel.

duur dan tot 1 januari 2016 is noodzakelijk om tot echte verbetering te leiden op het vlak van diversiteit van besturen en raden van commissarissen. Zo'n dwingender regeling zal besturen en raden van commissarissen van ondernemingen aanzetten tot verdergaande bevordering van gelijke kansen voor mannen én vrouwen binnen de onderneming. Niet alleen op het hoogste niveau, maar op alle niveaus. Een ding is zeker: de discussie wordt ongetwijfeld vervolgd in de aanloop naar 1 januari 2016 als zal blijken dat de huidige regeling onvoldoende resultaat heeft opgeleverd.

10 TOT BESLUIT

In deze bijdrage heb ik beschreven welke sociaalpsychologische factoren van invloed zijn op de besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen van NV's en BV's. Het gaat dan bijvoorbeeld om conformisme binnen groepen, om de neiging van groepen om eigen groepsleden te bevoordelen en om factoren die besluitvorming onbewust sturen, zoals de neveneffecten van besluiten. Het is van belang dat bestuurders en commissarissen zich bewust zijn van deze factoren. Ik heb een aantal besluiten beschreven waarbij de invloed van sociaalpsychologische factoren onwenselijk kan zijn. Achtereenvolgens ging ik in op de aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen, op aansprakelijkheid en risicomijding, op resultaatafhankelijke beloning en op de samenstelling van besturen en raden van commissarissen. Besluitvormingsstrategieën om (te veel) conformisme, *group polarization* en *groupthink* tegen te gaan bij ingrijpende besluiten zouden in elk bestuur en elke raad van commissarissen een vast gebruik moeten zijn. Ik heb voor de vier categorieën van besluiten gewezen op manieren om tegenwicht te bieden aan de invloed van sociaalpsychologische factoren op deze besluiten. Daardoor kan bewerkstelligd worden dat aansprakelijkheidsvorderingen die zouden moeten worden ingesteld, ook worden ingesteld, dat risicovolle, maar optimale ondernemersbeslissingen worden genomen, dat de beloningsstructuur geen prikkel geeft voor het oppoetsen van oliereserves of winstcijfers en dat geschikte kandidaat-bestuurders of -commissarissen die niet lijken op zittende bestuurders en commissarissen een kans maken op benoeming.

LITERATUUR

Ashby e.a. 2012

S. Ashby, T. Palermo & M. Power, 'Risk culture in financial organisations: An interim report', november 2012, www2.lse.ac.uk/researchAndExpertise/units/CARR/pdf/Risk-culture-interim-report.pdf (geraadpleegd 18 april 2013).

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II 2009*

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechts-personenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap, bewerkt door G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, Deventer: Kluwer 2009.

Assink 2007

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, Kluwer: Deventer 2007.

Assink & Kroeze 2010

B.F. Assink & M.J. Kroeze, 'Rechterlijke toetsing van ondernemingsbeleid in het enquête-recht', in: *Willems' Wegen*, Kluwer: Deventer 2010, p. 11-32.

Bainbridge 2002

S.M. Bainbridge, 'Why a board? Group decisionmaking in corporate governance', *Vanderbilt Law Review*, 2002, p. 1-58.

Bainbridge 2004

S.M. Bainbridge, 'The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine', *Vanderbilt Law Review* 2004 (53), p. 81-130.

Barnard 2007

J.W. Barnard, 'More Women on Corporate Boards? Not So Fast', *Wm. & Mary J. Women & L.* 2006-2007 (13), p. 703-726.

Baron & Kerr 2003

R.S. Baron, & N.L. Kerr, *Group Process, Group Decision, Group Action*, Buckingham-Philadelphia: Open University Press 2003.

Barros 2007

D.B. Barros, 'Group Size, Heterogeneity and Prosocial Behavior: Designing Legal Structures to Facilitate Cooperation in a Diverse Society', <http://ssrn.com/abstract=1015188>.

Bebchuk & Fried 2004

L. Bebchuk & J. Fried, *Pay without Performance*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 2004.

Beekenkamp 2002

G.G. Beekenkamp, *President-directeuren, posities en patronen – Een studie naar de rekrutering van de leiders van de 250 grootste ondernemingen in Nederland*, Amsterdam: Aksant 2002.

Black e.a. 2005

B. Black, B. Cheffins & M. Klausner, 'Liability Risk for Outside Directors: a Cross-Border Analysis', 11 *European Financial Management* 2005, p. 153-171.

Blinder & Morgan 2000

A.S. Blinder & J. Morgan, 'Are two heads better than one?: an experimental analysis of group vs. individual decisionmaking', www.nber.org/papers/w7909.

Den Boogert 2005

M.W. den Boogert, 'De vergeten band tussen de raad van commissarissen en de algemene vergadering; de Januskop van de commissaris', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 252-257.

De Bos e.a. 2007a

A. de Bos, M. Lückerath-Rovers & L. Quadackers, *Nationaal Commissarissen Onderzoek 2007*, Rifaal: Rotterdam 2007.

De Bos e.a. 2007b

A. de Bos, M. Lückerath-Rovers & L. Quadackers, 'Verschillen tussen mannelijke en vrouwelijke commissarissen', *Goed Bestuur* 2007, p. 17-24.

Brewer 1979

M.B. Brewer, 'In-group bias in the minimal intergroup situation: a cognitive-motivational analysis', *Psychological Bulletin* 1979, p. 307-324.

Buitenhuis 2001

R. Buitenhuis, 'Directeuren zijn tevreden maar worden vaak ontslagen', *Elan* oktober 2001, p. 30-31.

Buitenhuis & Van Zanten 2001

R. Buitenhuis & M. van Zanten, 'De verschillen zitten 'm in de details', *Elan* juli 2001, p. 42-46.

Burch 2011

R.F. Burch, 'Worldview Diversity in the Boardroom: a Law and Social Equity Rationale', *Loyola University Chicago Law Review* 2011 (42), p. 585-628.

Carter e.a. 2003

D.A. Carter, B.J. Simkins & W.G. Simpson, 'Corporate Governance, Board Diversity, and Firm Value', *The Financial Review* 2003 (38), p. 33-53.

Carter e.a. 2010

D.A. Carter, F. D'Souza, B.J. Simkins & W.G. Simpson, 'The Gender and Ethnic Diversity of US Boards and Board Committees and Firm Financial Performance', *Corporate Governance* 2010 (18), p. 396-414.

Catalyst 2007

Catalyst, *The Bottom Line: corporate performance and women's representation on boards*, 2007, www.catalyst.org/knowledge/bottom-line-corporate-performance-and-womens-representation-boards (geraadpleegd op 18 april 2013).

Centraal Planbureau 2004

Centraal Planbureau, *Macro-Economische Verkenning* 2004, www.cpb.nl (geraadpleegd op 18 april 2013).

Commissie-Korthals Altes 1995

Rapport van de Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, *Het recht ten uitvoer gelegd – Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1995.

Cox & Munsinger 1985

J.D. Cox & H.C. Munsinger, 'Bias in the Boardroom: Psychological Foundations and Legal Implications of Corporate Cohesion', *Law & Contemporary Problems* 1985 (85), p. 83-135.

Dallas 1997

L.L. Dallas, 'Proposals for reform of corporate boards of directors: the dual board and board ombudsperson', *Washington & Lee Law Review* 1997, p. 92-146.

Dallas 2002

L.L. Dallas, 'The new managerialism and diversity on corporate boards of directors', *Tulane law review* 2002, p. 1363-1407.

Van Duijn 2008

J. van Duijn, 'Bankaandelen', *De financiële Telegraaf*, 19 januari 2008, www.dft.nl (geraadpleegd op 18 april 2013).

Eshuis et al. 2012

R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast, H.G. van de Bunt, J.G. van Erp & N.T. Pham, *Het aansprakelijk stellen van bestuurders*, WODC, Onderzoek en beleid nr. 303, Den Haag: Boom|Lemma 2012.

Farnsworth 2002

W. Farnsworth, 'The Legal regulation of self-serving bias', <http://ssrn.com/abstract=316628>.

Federal Reserve Board's semiannual monetary policy report to the Congress 2003

Testimony of Chairman Alan Greenspan, Federal Reserve Board's semiannual monetary policy report to the Congress, Before the Committee on Financial Services, U.S. House of Representatives, 15 July 2003, www.federalreserve.gov/boarddocs/hh/2003/july/testimony.htm (geraadpleegd op 18 april 2013).

Fennema & Heemskerk 2004

M. Fennema & E. Heemskerk, 'Het old boys-netwerk bestaat allang niet meer', *NRC Handelsblad* 8 januari 2004.

Gómez Ansón 2012

S. Gómez Ansón, 'Women on Boards in Europe: Past, Present and Future', in: *Women on Corporate Boards and in Top Management. European Trends and Policy*, edited by C. Fagan, M. Gonzáles Menéndez & S. Gómez Ansón, Palgrave Macmillan 2012, p. 18-42.

Van der Grinten 1982

W.C.L. van der Grinten, 'De mythe van de aansprakelijkheid', *NV* 1982, p. 201-202.

Van der Grinten 2004

W.C.L. van der Grinten, *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004.

Großfeld 1973

B. Großfeld, *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XIII: Business and Private Organizations, Chapter 4: Management and Control of Marketable Share Companies*, Tübingen: Mohr 1968.

Haft 1981

R.J. Haft, 'Business decisions by the new board: behavioural science and corporate law', *Michigan Law Review* 1981, p. 1-67.

Van Hezewijk 2001

J. van Hezewijk, 'Old boys network valt uiteen', *Elan* juli 2001, p. 24-32.

Van Hezewijk & Van Zanten 2004

J. van Hezewijk & M. van Zanten, 'Old boys, no girls', *Elan* oktober 2004, p. 14-19.

Higgs 2003

D. Higgs, 'Review of the role and effectiveness of non-executive directors', www.dti.gov.uk/cld/non_exec_review (geraadpleegd 18 april 2013).

Honée 1979

H.J.M.N. Honée, *De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen*, Deventer: Kluwer 1979.

Jaarrapport 2007

Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Derde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code*, December 2007, <http://commissiecorporategovernance.nl/rapport-2007> (geraadpleegd op 18 april 2013).

Jaarrapport 2012

Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code*, December 2012, <http://commissiecorporategovernance.nl/rapport-2012> (geraadpleegd op 18 april 2013).

De Jongh 1987

E.D.J. de Jongh, *Verhoudingen en verwachtingen: een sociologische verkenning naar de positie van de Raad van Commissarissen in zijn relatie tot directie en ondernemingsraad van structuurvennootschappen*, Leiden: Stenfert Kroese 1987.

De Jongh 1992

E.D.J. de Jongh, *Heeft de raad van commissarissen nog vragen?*, Kampen: Kok 1992.

Kisch 1940

I. Kisch, 'De minderheidsrechten van den aandeelhouder in de naamloze vennootschap', *NV* 1940/1941, p. 35-41, 68-72 en 101-104.

Van der Knoop 1991

J. van der Knoop, *Tussen toeschouwen en meesturen – De rol van commissarissen in en tussen grote vennootschappen* (diss. Groningen), Amsterdam: S.I. 1991.

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, Deventer: Kluwer 2004.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005.

Lorsch & MacIver 1989

J.W. Lorsch & E. MacIver, *Pawns or potentates: the reality of America's corporate boards*, Boston: Harvard Business School Press 1989.

Löwensteyn 1959

F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959.

Lückerath-Rovers 2007

M. Lückerath-Rovers, 'Vrouwen aan top en rendement', *Het Financieele Dagblad* 23 oktober 2007.

Lückerath-Rovers 2012

M. Lückerath-Rovers, The Dutch 'Female Board Index' 2012, www.nyenrode.nl/Faculty-Research/corporategovernanceinstitute/Documents/TheDutchFemaleBoardIndex2012.DEF.pdf (geraadpleegd op 18 april 2013).

Van Manen 1999

J.A. van Manen, *Monitor in het belang van de vennootschap* (diss. Groningen), Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 1999.

MacLeod Heminway 2007

J. MacLeod Heminway, 'Sex, Trust, and Corporate Boards', <http://ssrn.com/abstract=981306> (geraadpleegd op 18 april 2013).

Marnet 2011

O. Marnet, 'Bias in the boardroom', *International Journal of Behavioural Accounting and Finance* 2011, p. 238-251.

McDonnel 2004

B.H. McDonnel, 'Sarbanes-Oxley, Fiduciary Duties, and The Conduct of Officers and Directors', <http://ssrn.com/abstract=570321> (geraadpleegd op 18 april 2013).

Meertens & Von Grumbkow 1992

R.W. Meertens & J. von Grumbkow (red.), *Sociale psychologie*, tweede, geheel herziene druk, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992.

Moore e.a. 2002

D.A. Moore, G. Loewenstein & M.H. Bazerman, 'Auditor independence, conflict of interest, and the unconscious intrusion of bias', http://ssrn.com/abstract_id=324261 (niet meer beschikbaar op 18 april 2013). Vergelijkbare citaten zijn aan te treffen in de hiernavolgende publicatie.

Moore e.a. 2010

D.A. Moore, L. Tanlu & M.H. Bazerman, 'Conflict of interest and the intrusion of bias', *Judgment and Decision Making*, Vol. 5, No. 1, 2010, p. 37-53.

Nygaard 2011

K. Nygaard, 'Forced board changes: evidence from Norway', <http://ssrn.com/abstract=1793227> (geraadpleegd op 18 april 2013).

Piena & Christensen 2013

J. Piena & C. Christensen, 'Gedrag & Cultuurotoezicht', in: *Jaarboek Compliance 2013*, p. 241-255, www.afm.nl/~media/Files/publicatie/2013/JB-compliance-Piena-Christensen.ashx (geraadpleegd op 18 april 2013).

Poole & Billingsley 1989

M.S. Poole & J. Billingsley, 'The structuring of dyadic decisions', in: D. Brinberg & J. Jaccard (ed.), *Dyadic decision making*, New York – Berlin – Heidelberg – London – Paris – Tokyo 1989.

Rassin 2008

E. Rassin, 'De juiste keuze', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 65-81.

Rose 2007

C. Rose, 'Does female board representation influence firm performance? The Danish evidence', *Corporate Governance: An International Review* 2007 (15), p. 404-413.

Schoenmakers 2002

J. Schoenmakers, 'Commissarissen onder vuur', *Elan* juli 2002, p. 12-16.

Simmel 1950

G. Simmel, in: K. Wolff (ed.), *The sociology of Georg Simmel*, New York 1950.

Smith e.a. 2005

N. Smith, V. Smith & M. Verner, 'Do Women in Top Management Affect Firm Performance? A Panel Study of 2500 Danish Firms', <http://ssrn.com/abstract=780910> (geraadpleegd op 18 april 2013).

Summer 1906

W.G. Summer, *Folkways*, Boston: Ginn 1906.

Taylor e.a. 2006

S.E. Taylor, L.A. Peplau & D.O. Sears, *Social psychology*, 12th edition, New Jersey: Prentice Hall 2006.

Teigen 2012

M. Teigen, 'Gender Quotas for Corporate Boards in Norway: Innovative Gender Equality Policy', in: C. Fagan e.a. (eds.), *Women on Corporate Boards and in Top Management. European Trends and Policy*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2012, p. 70-90.

Thompson & Thomas 2002

R.B. Thompson & R.S. Thomas, 'Shareholder litigation: re-examining the balance between litigation agency costs and management agency costs', <http://ssrn.com/abstract=336162> (geraadpleegd op 18 april 2013).

Timmerman 1995

L. Timmerman, 'Dient de rechter voor een rechtspersoon besluiten te kunnen vaststellen?', in: *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Deventer: Kluwer 1995.

Timmerman 2003

L. Timmerman, 'Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 555-562.

Turner 1991

J.C. Turner, *Social Influence*, Buckingham – Philadelphia: Open University Press 1991.

Ulmer 1999

P. Ulmer, 'Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns – Vor dem Hintergrund der US-Erfahrungen mit der shareholders' derivative action', *ZHR* 1999, p. 290-342.

Vinke 1961

P. Vinke, *De maatschappelijke plaats en herkomst der directeuren en commissarissen van de open en daarmee vergelijkbare besloten naamloze vennootschappen: een sociologisch onderzoek* (diss. UvA), Leiden: Stenfert Kroese 1961.

Vonk e.a. 2001

R. Vonk e.a., *Cognitieve sociale psychologie – Psychologie van het dagelijks denken en doen*, tweede druk, Utrecht: LEMMA 2001.

Westphal & Zajac 1995

J.D. Westphal & E.J. Zajac, 'Who shall govern? CEO/board power, demographic similarity, and new director selection', *Admin.Sci.Q.* 1995 (40), p. 60-83.

Van Zanten 1997

M. van Zanten, 'Onze cultuuruitgangspunten zijn honderd keer beter dan de Shell-code', *Elan* juli 1997, p. 10-15.

Van Zanten 2002a

M. van Zanten, 'De zwarte lijst', *Elan* maart 2002, p. 28-32.

Van Zanten 2002b

M. van Zanten, 'Lichtzinnig jawoord', *Elan* januari 2002, p. 22-26.

Van Zanten 2002c

M. van Zanten, 'Loon naar werken', *Elan* mei 2002, p. 36-39.

31 BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID IN DE PRAKTIJK

Motieven voor het intern aansprakelijk stellen van bestuurders

H.G. van de Bunt, J.G. van Erp, R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast en N.T. Pham

SAMENVATTING

Een van de mogelijkheden om de schade van wanbestuur te beperken, is het aansprakelijk stellen van de bestuurders die deze schade hebben veroorzaakt. Waar de mogelijkheid van een externe aansprakelijkheidsprocedure veelvuldig wordt benut, lijkt het veel minder vaak voor te komen dat een interne aansprakelijkheidsprocedure wordt gestart, door de rechtspersoon tegen de eigen (ex-)bestuurders. In deze bijdrage brengen wij daarom de redenen in kaart die meespelen in de beslissing om bestuurders al dan niet aansprakelijk te stellen. Inzicht in de beweegredenen van betrokkenen kan licht werpen op de werking van artikel 2:9 BW in de praktijk, en op eventuele belemmeringen die aan het aansprakelijk stellen in de weg staan. Daarmee kan een indruk ontstaan van de wijze waarop de beoogde functies van interne bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk worden vervuld.

1 INLEIDING

In de afgelopen jaren is een reeks van misstanden en dreigende deconfitures onderwerp geweest van felle publieke en politieke debatten. Het betroffen problemen bij onder meer zorginstellingen, hogescholen, banken en woningcorporaties. De frustratie bereikte een voorlopig hoogtepunt bij het dreigend faillissement van SNS Reaal. De gewezen voorzitter van de Raad van Bestuur zou grote fouten gemaakt hebben bij investeringen in vastgoedprojecten. Hij werd openlijk scherp bekritiseerd en nam de wijk naar het buitenland, omdat hij zich in Nederland niet meer veilig voelde. De kritiek spitste zich toe op bestuurders en intern toezichthouders, die niet alleen grote fouten zouden hebben gemaakt, maar zichzelf ook vorstelijk hadden beloond. Het beeld was dat deze falende bestuurders en toezichthouders ook nog eens gemakkelijk wegwamen, soms zelfs met een forse vertrekpremie, terwijl andere betrokkenen voor de schade moesten opdraaien.

Er bestaan echter diverse juridische mogelijkheden om falende topbestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen voor de schade die door hun verwijtbaar handelen is ontstaan.

In de eerste plaats kan gewezen worden op de mogelijkheid tot externe aansprakelijkstelling, dat wil zeggen de aansprakelijkstelling door een externe belanghebbende die schade heeft geleden als gevolg van het wanbeleid, bijvoorbeeld een aandeelhouder of een schuldeiser.¹ Deze mogelijkheid is bepaald geen dode letter. Van de mogelijkheid tot externe aansprakelijkstelling van de bestuurder via artikel 6:162 BW wordt regelmatig gebruikgemaakt door aandeelhouders en schuldeisers.²

In de tweede plaats bestaat er de mogelijkheid om bestuurders intern aansprakelijk te stellen. Interne aansprakelijkheid van bestuurders wordt doorgaans gebaseerd op artikel 2:9 BW, maar kan ook worden gebaseerd op de artikelen 6:162, 7:400 en 7:661 BW. Interne aansprakelijkstelling betekent dat de onderneming zelf – dus binnen de interne verhoudingen – haar eigen (ex-)bestuurders en/of interne toezichthouders aanspreekt. Deze interne aansprakelijkstelling wordt volgens enkele deskundigen minder vaak toegepast dan externe aansprakelijkstelling.³ In het maatschappelijk debat omtrent wanbestuur wordt veelvuldig de veronderstelling geuit dat dit te maken heeft met een ‘old boys network’ waarin bestuurders elkaar de hand boven het hoofd houden. De vraag is of deze veronderstelling terecht is. In deze bijdrage bespreken we de resultaten van een empirisch onderzoek naar de motieven en overwegingen van bestuurders om elkaar al dan niet intern aansprakelijk te stellen.⁴

1.1 *Oogmerken van interne aansprakelijkheid: herstel en preventie*

Aansprakelijkheidswetgeving vervult twee belangrijke functies in de regulering van gedrag van bestuurders binnen ondernemingen. In de eerste plaats zorgt het voor herstel van de schade die door het wanbestuur is veroorzaakt. In de tweede plaats kan van aansprakelijkstelling een preventieve werking uitgaan als bestuurders, onder invloed van de dreiging van aansprakelijkheid, zich verantwoordelijker (gaan) gedragen, waardoor wanbestuur wordt voorkomen. Deze (beoogde) preventieve werking van aansprakelijkheid kan verlopen via twee mechanismen. In de eerste plaats wordt verwacht dat bestuurders afzien van verwijtbaar nalatig gedrag als gevolg van de dreiging van het moeten betalen van veroorzaakte schade.⁵ Dit mechanisme is vergelijkbaar met de afschrikking die ook met strafrechtelijke sancties wordt beoogd: een potentiële dader laat regelovertredend gedrag na uit angst voor

1 Deze kan zijn vordering bijvoorbeeld baseren op het weergeven van een misleidende voorstelling van zaken in de jaarrekening (art. 2:139 en 249 BW) en het verschaffen van misleidende informatie om iemand te bewegen om aandelen of obligaties te nemen (art. 6:193c en 193d of 6:194 BW). Daarnaast kan een externe belanghebbende een actie uit onrechtmatige daad starten op grond van art. 6:162 BW.

2 De Valk 2009, p. 27; Assink & Timmerman 2010.

3 Assink & Timmerman 2010; Weterings 2010.

4 Deze bijdrage is gebaseerd op Eshuis, Holvast, Van de Bunt, Van Erp & Pham 2012.

5 Van Dunné 2001; Spier 2003; Kroeze 2005; Van Boom 2006.

de sancties die daaraan zouden kunnen worden verbonden.⁶ Naast afschrikking is een tweede mechanisme waardoor preventie optreedt, het concretiseren van de verplichtingen en verantwoordelijkheden van bestuurders bij de invulling van hun taken.⁷ Bij de interne aansprakelijkheid ex artikel 2:9 lid 1 BW gaat het dan om de plicht tot behoorlijke taakvervulling, terwijl van aansprakelijkheid wegens schending van de bestuurlijke gedragsnorm alleen sprake kan zijn indien de bestuurder een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt.⁸ Diverse auteurs hebben echter gesteld dat deze normen onvoldoende houvast bieden aan bestuurders.⁹ Immers, wanneer is de taakvervulling ‘behoorlijk’ en wanneer is sprake van een ‘ernstig verwijt’? Concretisering van de juridische norm in jurisprudentie kan wanbestuur voorkomen, doordat bestuurders zich beter bewust zijn van de grens tussen geoorloofd en ongeoorloofd gedrag.¹⁰

Kortom, aan het aansprakelijkheidsrecht is de assumptie verbonden dat (bestuurders)aansprakelijkheid schade *herstelt* en *voorkomt* door afschrikking en normoverdracht. In gerechtelijke procedures over aansprakelijkheid staat het herstel van schade centraal. De functies die de wetgever toeschrijft aan een rechtsnorm komen echter niet per definitie overeen met de afwegingen van degene die hier een beroep op kan doen, in dit geval de bestuurders of toezichthouders van een onderneming waarin wanbestuur heeft plaatsgevonden. Rechtssociologisch onderzoek heeft uitgewezen dat gedupeerden de mogelijkheden die het recht biedt om hun schade te verhalen, maar in beperkte mate daadwerkelijk benutten.¹¹ Bij de besluitvorming over het starten van een juridische procedure, spelen onder andere de transactiekosten een rol: met juridische procedures kunnen veel kosten gepaard gaan die belemmerend kunnen werken op de bereidheid een claim in te dienen.¹² In de tweede plaats worden beslissingen over juridische procedures niet uitsluitend op grond van een rationele afweging van kosten en baten genomen, maar zijn zij ingebed in een breder raamwerk van normen en waarden, gedragspatronen en relaties.¹³ Het is denkbaar dat het aansprakelijk stellen van bestuurders niet past in de cultuur van vertrouwen die gebruikelijk is onder bestuurders. Maar ook als wel een juridische procedure wordt gestart, is financiële genoegdoening niet altijd het primaire motief: ook andere drijfveren

6 Van Wingerde 2012.

7 Arrighetti, Bachmann & Deakin 1997; Lane & Bachmann 1997.

8 Zie ook HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

9 Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 67. Kroeze 2005 waarschuwt er overigens in zijn oratie ‘Bange bestuurders’ voor dat bestuurders te zeer risicoavers handelen, omdat ze bang zijn aansprakelijk gesteld te worden voor – achterafgezien – foute beslissingen. De vage norm van verwijtbaarheid op grond van art. 2:9 BW biedt bestuurders weinig houvast, waardoor zij hun aansprakelijkheidspositie niet goed kunnen inschatten (Kroeze 2005, p. 16-17). Zie ook HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen Beheer/NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij*).

10 Assink 2011.

11 Schwitters 2011.

12 Nelken 2009.

13 Engel & McCann 2009.

kunnen een belangrijke rol spelen. Eshuis noemt het verkrijgen van genoegdoening, vergelding en eerherstel als voorbeelden van dergelijke motieven en overwegingen.¹⁴ Elster ziet financiële schadeclaims niet als middel tot schadevergoeding, maar als uiting van minachting en afkeuring jegens de falende bestuurder of toezichthouder.¹⁵

Empirisch onderzoek kan inzicht geven in de motieven en overwegingen die bestuurders hanteren voor het al dan niet aansprakelijk stellen van (ex-)bestuurders. Inzicht in de beweegredenen van betrokkenen kan licht werpen op de werking van artikel 2:9 BW in de praktijk en op eventuele belemmeringen die aan het aansprakelijk stellen in de weg staan. Daarmee kan een indruk ontstaan van de wijze waarop de beoogde functies van interne bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk worden vervuld.

In deze bijdrage brengen wij daarom de redenen in kaart die meespelen in de beslissing om bestuurders al dan niet aansprakelijk te stellen. De vraag wordt daarmee niet hoe vaak, maar *waarom* het instrument van interne aansprakelijkheid al dan niet wordt benut. Vormt de behoefte om financiële schade terug te krijgen bijvoorbeeld het hoofdmotief in zaken waarin aansprakelijk is gesteld, of gelden er ook belangrijke andere motieven? En wat zijn de afwegingen bij rechtspersonen waarin wel schade is geleden, maar niet aansprakelijk is gesteld? Speelde de onduidelijkheid met betrekking tot de plicht tot behoorlijke taakvervulling en verwijtbaar handelen een rol bij de beslissing om niet aansprakelijk te stellen? Of gaf de loyaliteit aan ex-collega's de doorslag?

In deze bijdrage putten wij uit kwalitatief empirisch onderzoekmateriaal dat is verkregen door de bestudering van een aantal concrete cases waarin aanleiding bestond tot het entameren van een interne aansprakelijkheidsprocedure.¹⁶ Voor deze cases zijn de motieven van betrokkenen met betrekking tot het besluit de bestuurders al dan niet aansprakelijk te stellen, gereconstrueerd met behulp van interviews met betrokkenen. Alle cases betreffen Nederlandse ondernemingen en organisaties waarin (mede) als gevolg van het optreden van bestuursleden grote financiële problemen waren ontstaan. Sommige van deze ondernemingen stonden op de rand van faillissement. Het gaat zowel om grote en bekende instellingen waarbij de case veel publiciteit heeft getrokken, als kleinere ondernemingen die minder de aandacht hebben getrokken. Het onderzoek heeft zich gericht op zowel private als semipublieke rechtspersonen. De plicht tot behoorlijke taakvervulling en de aansprakelijkheid die volgt als bestuurders deze plicht verzaken, geldt immers voor alle bestuurders; zowel voor bestuurders die zonder financiële vergoeding de bestuurstaak uitoefenen over een kleine stichting als voor 'professionele bestuurders' in een grote beursvennootschap. In alle cases was de vraag aan de orde of en op welke wijze actie werd ondernomen tegen de bestuurder die verantwoordelijk werd gehouden voor de problemen.

14 Eshuis 2003.

15 Elster 1998

16 Eshuis, Holvast, Van de Bunt, Van Erp & Pham 2012.

In dit hoofdstuk schetsen wij de afwegingen die daarbij zijn gemaakt door de direct betrokkenen. Het onderzoek richt zich, zoals gesteld, uitsluitend op de interne aansprakelijkstelling van bestuurders. Aansprakelijkheidsacties gestart door externe partijen (bijvoorbeeld schuldeisers) of door individuele werknemers of aandeelhouders vallen buiten het bereik van het onderzoek. Datzelfde geldt voor enquêteprocedures bij de Ondernemingskamer. Ook gevallen waarin sprake is van een faillissement zijn niet onderzocht. Bij een faillissement kan de curator overwegen om bestuurders aansprakelijk te stellen, maar hierbij zijn andere typen overwegingen te verwachten dan bij organisaties die nog functioneren.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt in paragraaf 2 het wettelijk kader omtrent interne aansprakelijkheid nader uiteengezet. In paragraaf 3 schetsen we het gebruik van artikel 2:9 BW in de praktijk. In paragraaf 4 en 5 gaan we in op de motieven van bestuurders, die we ontlenen aan ons onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid. Paragraaf 6 bevat de conclusies.

2 WETTELIJK KADER: DE BESTUURLIJKE GEDRAGSNORM EN AANSPRAKELIJKHEIDSNORM IN ARTIKEL 2:9 BW

Artikel 2:9 BW wijst zowel op de plicht tot behoorlijke taakvervulling van de bestuurders (en commissarissen) in lid 1, als – in lid 2 – op het feit dat de bestuurder aansprakelijk is als hij zijn taak niet naar behoren vervult.¹⁷ Zoals eerder werd aangegeven, is niet altijd duidelijk wat die ‘behoorlijke’ taakvervulling precies inhoudt. In ieder geval moet de bestuurder zijn bestuurstaak daadwerkelijk vervullen; er is sprake van een *duty to perform*, waarbij van de bestuurder verwacht wordt dat hij de hem toekomende bevoegdheden op behoorlijke wijze aanwendt.

Bij het starten van een interne aansprakelijkheidsprocedure kan worden gekozen voor een procedure bij de civiele rechter of een arbitrageprocedure. De grondslag voor aansprakelijkstelling is doorgaans artikel 2:9 lid 2 BW en/of artikel 6:162 BW. Artikel 2:9 lid 2 BW bepaalt dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Uit vaste rechtspraak kan worden afgeleid dat artikel 2:9 lid 2 BW zo kan worden begrepen dat bij gebleken onbehoorlijk bestuur alle bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn. Hierop kan een uitzondering worden gemaakt als een individuele bestuurder aantoonbaar dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt treft en hij niet nalatig is geweest om maatregelen te nemen om de schade te beperken (disculpatie).

¹⁷ Zie art. 2:149 en 2:259 BW.

De vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur, is uiteindelijk ter beoordeling aan de rechter. Voor de aansprakelijkheidsanalyse laat de rechter zich – in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad – leiden door:

- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een objectieve maatman-bestuurder. Het gaat daarbij om een ‘bestuurder die op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult’.¹⁸ Daarmee wordt een ondergrens gelegd voor wat van een bestuurder mag worden verwacht. Voor het intreden van aansprakelijkheid is de aanwezigheid van enige vorm van (subjectief) kwade trouw, zoals opzet of bewuste roekeloosheid, zodoende niet vereist;
- de omstandigheden van de voorliggende casus. Bij de aansprakelijkheidsanalyse gaat het om het totaal van de omstandigheden van het geval, waaronder: (a) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, (b) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s, (c) de eventuele taakverdeling binnen het bestuur, (d) de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, (e) de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen en (f) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult;¹⁹
- de stelplicht en bewijslast. De bestuurder kan hier feiten en omstandigheden tegen inbrengen op basis waarvan kan worden aangenomen dat het gewraakte handelen niet een ernstig verwijt oplevert. De rechter dient deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.²⁰

Als een onderneming vermogensschade lijdt als gevolg van een tekortkoming van de bestuurder, kan alleen de rechtspersoon – vertegenwoordigd door het bestuur – vergoeding van de geleden schade vorderen ex artikel 2:9 lid 2 BW. Alle andere belanghebbenden zijn aangewezen op de externe aansprakelijkheidsprocedure.

3 HET GEBRUIK VAN ARTIKEL 2:9 BW IN DE PRAKTIJK

Zoals eerder aangegeven, bestaat de indruk dat bestuurders slechts zelden in een interne procedure aansprakelijk worden gesteld.²¹ In deze paragraaf trachten wij enig inzicht te

18 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

19 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*).

20 Zie HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*). Vergelijk HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen Beheer/NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij*).

21 De toenmalige minister van Justitie heeft hierover in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven dat er een civielrechtelijk instrumentarium om bestuurders aansprakelijk te stellen voorhanden is, ook voor situaties buiten faillissement, maar dat hier ‘geen of weinig’ gebruik van wordt gemaakt ‘terwijl de indruk bestaat dat daartoe wel aanleiding zou moeten zijn’ (Kamerstukken II 2008/09, 31 386, nr. 18).

verschaffen in de mate waarin interne aansprakelijkheidsprocedures worden gevoerd en schetsen wij enkele ontwikkelingen in de toepassing van interne bestuurdersaansprakelijkheid.

3.1 *Het aantal interne aansprakelijkheidsprocedures*

Allereerst zijn we nagegaan wat het aantal gepubliceerde uitspraken in de afgelopen tien jaar²² was waarin sprake is van een aansprakelijkheidsvordering ex artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. In twee belangrijke juridische databases, www.JOR.nl en www.rechtspraak.nl, zijn alle uitspraken opgevraagd waarin sprake was van een niet-failliete rechtspersoon die haar eigen (oud-)bestuurders en/of intern toezichthouders aansprakelijk stelt op grond van artikel 2:9 BW en/of artikel 6:162 BW.²³ In de periode november 2001 tot november 2011 bevatten de databases zeventig van deze zaken.

Het aantal van zeventig zaken is een ondergrens; het daadwerkelijke aantal procedures ligt vermoedelijk veel hoger. In de eerste plaats publiceren JOR en rechtspraak.nl niet elke uitspraak, maar maken zij een selectie.²⁴ Ook kunnen interne aansprakelijkheidsacties op een andere rechtsgrond worden gebaseerd en is het mogelijk dat dergelijke zaken daarom ten onrechte uit de inventarisatie zijn gebleven.²⁵

Een belangrijke beperking van de beide bronnen is verder dat alleen zaken zijn opgenomen waarin het tot een gerechtelijke uitspraak is gekomen. Zaken waarin partijen voordien een schikking overeen zijn gekomen of waarin sprake was van geschilbeslechting via arbitrage, vallen er vanzelfsprekend buiten. Uit onderzoek is bekend dat slechts 5% van de juridische geschillen in een gerechtelijke procedure eindigt.²⁶ Veelal trachten partijen eerst een schikking te treffen of geven zij de voorkeur aan arbitrage achter gesloten deuren. Hoewel in die gevallen dus geen formeel beroep wordt gedaan op artikel 2:9 BW bij de rechter, kan in de onderhandelingen over een schikking of binnen een arbitrageprocedure artikel 2:9 BW wel degelijk een belangrijke rol hebben vervuld. In het onderzoek door

22 De onderzochte periode betreft 11 november 2001 tot 11 november 2011.

23 Uitspraken waarin voornoemde artikelen worden ingeroepen door een curator, aandeelhouder of crediteur zijn zodoende niet meegenomen. De gevonden uitspraken zijn gefilterd op dubbelingen, en alle zaken waarvan zowel uitspraken in eerste aanleg als in hoger beroep in de databases voorkwamen, zijn maar één keer meegeteld.

24 Dit blijkt onder andere ook uit het feit dat met betrekking tot een deel van de zaken pas voor het eerst een publicatie zichtbaar was waarin door het Hof of de Hoge Raad arrest werd gewezen. Dit geldt voor zeventien van de uitspraken. Voor een deel van deze uitspraken is dit mogelijk te wijten aan het feit dat eerdere uitspraken gedateerd zijn van voor 2001. Het is echter niet voor de hand liggend dat dit voor alle zaken geldt, omdat het ook een aantal zaken uit 2010 en 2011 betreft. De criteria die beide databases hanteren voor het selecteren van uitspraken die zij publiceren, zijn te vinden op hun websites.

25 Dat zou bijvoorbeeld op basis van het arbeidsrecht kunnen zijn.

26 Dit percentage wordt gevonden bij natuurlijke personen (Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010) en bij MKB-bedrijven (Croes & Maas 2009).

Weterings onder betrokkenen uit de wereld van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen komt de schatting naar voren dat in zo'n 70% van de zaken wordt geschikt en dat 30% in een procedure eindigt.²⁷

Het is niet mogelijk gebleken om precies vast te stellen hoe vaak bestuurders intern aansprakelijk worden gesteld en hoe vaak dit met succes gebeurt. Of de veronderstelling dat aansprakelijkstelling slechts zelden gebeurt juist is, is geheel afhankelijk van hoe je 'zelden' zou kwantificeren en waar je dit mee zou vergelijken.²⁸ In ieder geval is interne aansprakelijkstelling beslist geen dode letter en is te verwachten dat het aantal van zeventig zaken over een periode van tien jaar is slechts het topje van de ijsberg is.

3.2 *Enkele ontwikkelingen*

Verskillende auteurs suggereren dat er sprake zou zijn van een toename in het aantal (interne) bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures.²⁹ Assink, Bröring, Timmerman en de Valk³⁰ geven echter aan dat nog steeds verreweg de meeste aansprakelijkheidsprocedures externe aansprakelijkheidsclaims betreffen en dat procedures zelfstandig gebaseerd op artikel 2:9 BW slechts mondjasmaat plaatsvinden.

In de literatuur wordt als een belangrijke beperkende factor op het aantal procedures inzake bestuurdersaansprakelijkheid is de D&O (Directors and Officers)-verzekering, in Nederland ook bekend onder de naam bestuurders- en commissarissen aansprakelijkheidspolis, genoemd. D&O-verzekeringen worden door de rechtspersoon ten behoeve van bestuurders en interne toezichthouders afgesloten, met als doel de bestuurder in staat te stellen zijn bestuurstaak daadwerkelijk te kunnen uitoefenen. Een bestuurder die zijn taak te risicomijdend uitvoert, zou namelijk onwenselijk zijn.³¹ D&O-verzekeringen voorzien in deze behoefte door een hoge mate van bescherming te bieden, waarbij ze vaak zowel beschermen tegen externe als interne aansprakelijkstelling. Schade door ernstig verwijtbaar handelen valt bijvoorbeeld vaak onder de dekking. Gevallen van kwade trouw zijn echter uitgesloten van bescherming.³² Verzekeringsmaatschappijen zouden er echter doorgaans liever op aansturen een schikking te treffen, dan dat zij een onzekere gerechtelijke procedure

27 Opgemerkt zij dat het bij Weterings voornamelijk faillissementszaken betreft, terwijl die juist buiten het onderhavige onderzoek zijn gehouden.

28 Idealiter zou je in dat geval op de hoogte moeten zijn van de hoeveelheid gevallen van onbehoorlijk bestuur waarbij een aansprakelijkheidsactie kansrijk zou zijn, zich in de betreffende periode hadden voorgedaan.

29 Weterings 2010, p. 161; m.b.t. de not-for-profitsector: Hendrikse 2009, p. 174; m.b.t. de zorg: Boshouwers & Tjeenk Willink 2007, p. 13,.

30 2011, 15 en 23.

31 HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen Beheer/NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij*); Kroeze 2005.

32 HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 (*Bierglas-arrest*).

ingaan.³³ Op die manier zouden verzekeraars als voorportaal het aantal interne aansprakelijkheidsprocedures kunnen beperken.

Bijzondere aandacht is tot slot op zijn plaats voor de ontwikkelingen in het aansprakelijk stellen van bestuurders in de semipublieke sector. De norm van artikel 2:9 BW geldt namelijk voor alle typen rechtspersonen. In de afgelopen decennia werden semipublieke organisaties geacht steeds ‘marktgericht’ te opereren. Bestuurders van deze instellingen kregen meer mandaat om zelf de bedrijfsvoering en koers te bepalen. De overheid kwam als toezichthouder meer op afstand te staan. Dit betekende dat bestuurders van voormalige *not-for-profit*-organisaties meer ruimte kregen om risico’s te nemen en activiteiten te ontwikkelen die verder af stonden van hun primaire (publieke) functie. Deze ontwikkeling had echter ook tot gevolg dat enkele zorginstellingen en woningbouwcorporaties in de financiële problemen kwamen door te ambitieuze projecten en bij sommigen ook door fraudes.³⁴

Bestuurders van semipublieke organisaties hebben bovendien ook meer kans om (intern) aansprakelijk te worden gesteld dan bestuurders van private ondernemingen, zo stelt Hendrikse.³⁵ De marge waarbinnen een bestuur risico’s kan nemen is kleiner, omdat het streven naar winst niet als rechtvaardiging kan gelden voor het nemen van risico’s. Bovendien zijn bestuurders van semipublieke organisaties – door hun maatschappelijke karakter – regelmatig aan nadere (sectorspecifieke) regelgeving gebonden. Dit leidt ertoe dat zij een groter risico lopen om aansprakelijk te worden gesteld dan bestuurders van private ondernemingen.³⁶

4 OPZET VAN HET ONDERZOEK

Op basis van een uitgebreide inventarisatie van mediaberichtgeving zijn achttien cases geselecteerd waarin, op basis van de beschreven feiten, voldoende grond leek te bestaan voor het entameren van een interne aansprakelijkheidsprocedure. Dat betekent dat er een vermoeden bestond dat bestuurders of interne toezichthouders hun taak onbehoorlijk hadden vervuld (volgens de criteria die worden gesteld aan aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW), waardoor de vennootschap financiële schade heeft geleden. Organisaties waarbij sprake was van een faillissement of zeer kleine organisaties met slechts één of twee bestuurder(s) en interne toezichthouder(s) zijn niet in het onderzoek betrokken. Ook was

³³ Weterings 2010.

³⁴ Zie ook Hendrikse 2010.

³⁵ Hendrikse 2010.

³⁶ Hendrikse 2010; 2009; zie ook Klaassen 2010; zie voor verschillen tussen publieke en private organisaties ook Rainey 1997, hoofdstuk 3.

een criterium voor selectie dat de besluitvorming om een bestuurder of interne toezicht-houder al dan niet aansprakelijk te stellen, moest zijn afgerond.

De betrokkenen in deze geselecteerde cases zijn benaderd om mee te werken aan het onderzoek. In totaal zegden elf van de benaderde organisaties toe om mee te werken. Het gaat daarbij om vier private ondernemingen en zeven semipublieke ondernemingen. De semipublieke cases spelen zich overwegend af in de zorg en de volkshuisvesting. Van de vier cases uit de private sector heeft de helft betrekking op beursgenoteerde ondernemingen.

Niet in al deze cases werd ook daadwerkelijk tot een gerechtelijke procedure overgegaan. In zes cases is een civiele aansprakelijkheidsprocedure gestart en in vijf cases is juist geen formele procedure gestart. Ook die laatste groep cases is in het onderzoek betrokken, omdat ook deze inzicht kan bieden in de motieven om al dan niet aansprakelijk te stellen of juist de alternatieve wegen te bewandelen: in de vijf cases waarin geen procedure is gestart, zijn wel diverse andere acties tegen de oud-bestuurders ondernomen (zie par. 5). In twee gevallen is naast een of meer bestuurders ook een interne toezichthouder aansprakelijk gesteld. Van de zes cases waarin een bestuurder in een formele procedure aansprakelijk is gesteld, eindigde er één in een schikking.

Van elke case werd eerst een voorstudie gemaakt op basis van open bronnen en werden vervolgens twee tot vier personen geïnterviewd die bij de besluitvorming over een eventuele aansprakelijkheidsactie betrokken waren geweest of hadden kunnen besluiten om tot zo'n actie over te gaan. De cases zijn volledig geanonimiseerd weergegeven.

Het onderzoek biedt door de relatief kleine, niet representatieve selectie van cases geen basis om generaliseerbare uitspraken te doen, maar verschaft wel rijke informatie over de overwegingen die bij de onderzochte cases speelden in het besluitvormingsproces aangaande interne aansprakelijkstelling.

5 MOTIEVEN VOOR INTERNE AANSPRAKELIJKHEIDSTELLING

5.1 *Vergoeding van de schade: kosten en baten*

Een belangrijke assumptie van het aansprakelijkheidsrecht is dat aansprakelijkstelling gericht is op (eventueel gedeeltelijk) schadeverhaal. In dit licht bezien is het opmerkelijk dat wij in onze cases hiervan geen voorbeeld aantreffen. Geen van de organisaties verwachtte dat een aansprakelijkheidsclaim tot vergoeding van een substantieel deel van de geleden schade zou kunnen leiden. De reden daarvan is dat de schade in de regel vele malen groter was dan hetgeen de bestuurders ooit zouden kunnen vergoeden en de betrokkenen ver-

wachten eveneens geen (volledige) vergoeding te ontvangen van een eventuele verzekering.³⁷ De enkele calculatie van de materiële kosten en baten van een aansprakelijkheidsclaim kan er dus toe leiden dat terughoudend gebruikgemaakt wordt van deze juridische actie. Niet alleen vallen de baten tegen in verhouding tot de schade, maar ook de kosten van een formele aansprakelijkheidsstelling vallen tegen. De meeste onderzochte organisaties die tot een aansprakelijkheidsclaim overgingen, hebben een indicatie gegeven van de kosten van de juridische actie. In alle gevallen bedroegen die kosten meer dan een miljoen euro, waarbij forensisch onderzoek en advocatenkosten de grootste kostenposten vormden. Dat betekent dat men, bij een puur calculerende beoordeling, doorgaans van een aansprakelijkheidsclaim zou afzien.

Hoe lag die afweging dan voor de organisaties die daadwerkelijk tot een aansprakelijkheidsactie overgingen? Uit de interviews kwam naar voren dat zij niet primair op schadeherstel uit waren. Zij verwachtten voor wat betreft de materiële aspecten quitte te spelen of net wat meer te incasseren dan ze in de juridische actie investeerden.³⁸ Maar doorslaggevend waren andere motieven dan de materiële vergoeding van schade. De eerste les ten aanzien van de assumpties achter het aansprakelijkheidsrecht luidt dan ook dat men niet tot aansprakelijkheidsclaims overgaat omdat men op die wijze verwacht de volledige materiële schade vergoed te krijgen. Daarvoor is de schade te groot. Gezien de kosten die gepaard gaan met een aansprakelijkheidsactie, zijn de (onzekere) baten die er tegenover staan te klein. Slechts indien er (ook) belangrijke *andere* motieven zijn om tot actie over te gaan, zal een aansprakelijkheidsprocedure worden gestart.

5.2 *Andere prioriteiten*

Een tweede belangrijke bevinding volgt uit de motieven van de vijf organisaties die wel schade leden door het wanbeleid van de bestuurder of toezichthouder, maar desondanks niet tot aansprakelijkstelling overgingen. Van deze vijf organisaties waren er drie door het debacle in ernstige financiële problemen geraakt. Hier moesten alle zeilen worden bijgezet om een faillissement af te wenden. Tijd en geld besteden aan het voorbereiden van een gerechtelijke procedure ligt in zo'n situatie niet voor de hand. Bovendien geldt in de overlevingsstrijd waarin deze organisaties verkeerden een tijdshorizon van enkele dagen, weken of (hoogstens) maanden. Procedures tegen voormalig bestuurders, met een tijdshorizon van velen jaren zijn ook om die reden niet aan de orde. Een respondent stelt: 'Als je huis in brand staat, ga je eerst blussen. Je hebt dan geen tijd voor juridische procedures'.

³⁷ Zie m.b.t. de verzekering meer aan het einde van deze paragraaf.

³⁸ Overigens werd bij het nemen van de beslissing tot de aansprakelijkheidsactie nog niet uitgegaan van de hoge kosten die men uiteindelijk had gemaakt. Het heeft ook wel iets van een 'rijdende trein'. Als er eenmaal tonnen aan forensisch onderzoek zijn uitgegeven, om in kaart te brengen wat er precies is gebeurd, en dit voldoende belastend is voor de ex-bestuurder, is de volgende stap snel gezet.

Drie organisaties gaven hun zelfstandigheid op en vonden een kapitaalkrachtige branchegenoot die de activiteiten overnam. In theorie kan zo'n nieuwe eigenaar alsnog een claim tegen een voormalig bestuurder doorzetten. De praktijk is evenwel dat die nieuwe eigenaren dit soort erfenissen vaak liever kwijt dan rijk zijn. Men wil de energie richten op een nieuwe start, waarbij de activiteiten veelal onder een andere merknaam in de markt worden gezet. De associatie met falend bestuur en financiële debacles in het verleden tracht men te vermijden. Men verwacht ook geen (substantiële) financiële baten van een juridische aansprakelijkheidsactie. 'Het is nuttiger vooruit te kijken en met nieuwe mensen de zaak weer op te bouwen, dan energie te steken in het verleden', stelt een respondent.

Van de overige twee organisaties die niet aansprakelijk stelden, bereikte er één een (geheimgehouden) schikking met de voormalige bestuurder. Deze betaalde een substantieel bedrag ter vergoeding van de schade. De laatste organisatie besloot de voormalige bestuurder niet aansprakelijk te stellen. Het betrof iemand met een lange staat van dienst, die gaandeweg zijn greep op het concern was kwijtgeraakt. Er werd binnen de organisatie niet getwijfeld aan zijn goede intenties en men zag zijn gedwongen vertrek als een zware 'straf'.

De les die kan worden getrokken met betrekking tot de assumpties achter bestuurders-aansprakelijkheid is dat falend bestuur zodanige consequenties kan hebben voor een organisatie dat het ondernemen van juridische actie (met de daarvoor geldende kosten en tijdshorizon) niet de voorkeur verdient. De paradox is dat hoe groter de schade is die door falend bestuur is veroorzaakt, hoe minder aantrekkelijk het vaak wordt om via artikel 2:9 BW actie te ondernemen.

5.3 *Niet om het geld, maar om het 'signaal'*

Uit het voorgaande bleek dat het rationeel afwegen van materiële kosten en baten niet snel tot het besluit zal leiden om een aansprakelijkheidsactie te starten. In de gevallen waarin aansprakelijk stellen wél gebeurde, prevaleerden andere motieven. Met afstand het meest genoemd door geïnterviewden was 'de boodschap' of 'het signaal' dat met zo'n actie wordt gegeven. In de onderzochte zaken was dat signaal in de meeste gevallen gericht aan 'de buitenwereld'. De problemen waarin de organisatie terecht is gekomen, gaan gepaard met negatieve publiciteit, en financiers en klanten dreigen af te haken. Door de voormalige bestuurder te ontslaan en vervolgens aansprakelijk te stellen, neemt men op krachtige wijze afstand van het verleden. Men toont dat er een nieuwe wind waait en hoopt daarmee vertrouwen terug te winnen.

Soms was 'de boodschap' van de aansprakelijkheidsactie nadrukkelijk ook intern gericht. In een organisatie was sprake geweest van fraude door een bestuurder en enkele (interne) vertrouwelingen. De aansprakelijkheidsactie moest ook aan het personeel duidelijk maken

dat bepaalde gedragspatronen niet meer werden getolereerd en in het vervolg hard zouden worden aangepakt. Bij semipublieke dienstverleners was het geven van een ‘signaal’ aan (bestuurders in) de branche een belangrijk motief. Dit motief was met name van belang voor overheidsinstanties die bij de besluitvorming waren betrokken.³⁹

In het licht van de eerder genoemde functies van het aansprakelijkheidsrecht verdient hier enige nadruk te worden gelegd op de preventiedoelen die eisers met de aansprakelijkheidsclaim voor ogen blijken te hebben. Zowel een generaal preventief effect in de richting van andere bestuurders in de branche, als een specifiek preventiedoel – gericht op medewerkers van een organisatie waar van binnenuit werd gefraudeerd – bleken een belangrijk motief te zijn voor een aansprakelijkheidsclaim jegens een ex-bestuurder.

Daarmee wordt echter geen compleet beeld gegeven van de ‘signaalwerking’ van het aansprakelijk stellen van een ex-bestuurder. Onmiskenbaar is dat ook het herstel van vertrouwen van klanten en financiers een belangrijk doel is van de aansprakelijkheidsactie. Met zo’n actie wordt publiekelijk afstand genomen van oude gedragspatronen.

5.4 *Reputatie*

Reputatieschade kan zowel een motief zijn om aansprakelijkheidsacties te starten, als wel om daarvan af te zien. Is er slechte publiciteit geweest en is de reputatie geschaad, dan kan een claim helpen die weer op te vijzelen. Wanneer men de problemen echter binnenshuis heeft weten te houden, ligt een aansprakelijkheidsactie niet voor de hand; die zal slechts aandacht op problemen vestigen en de reputatie schaden. ‘Je wilt je eigen vennootschap niet in opspraak brengen en blootstellen aan negatieve publiciteit’, zo stelt een respondent. Ook voor semipublieke ondernemingen geldt dat een procedure reputatieschade kan opleveren. ‘Als de raad van toezicht vaststelt dat er sprake is van wanbeleid, wie wil dan nog zijn moeder door ons laten verzorgen?’, vraagt een bestuurder van een zorginstelling zich af. In tegenstelling tot wat op grond van het doel van schadeherstel zou kunnen worden verwacht, achten respondenten het in sommige gevallen dus in het belang van de onderneming om de schade *niet* te claimen, hoewel zij dit om morele of emotionele redenen misschien wel zouden willen. ‘Het is schandalig, maar je moet op je tanden bijten’, zo stelt een respondent van een private onderneming.

Naast de reputatie van de onderneming speelt ook de persoonlijke reputatie van sleutelpersonen die bij de besluitvorming zijn betrokken een rol. Verschillende geïnterviewden vreesden voor een smet op de eigen reputatie als zij niet zouden optreden. Een respondent geeft aan: ‘Die interim-commissarissen staan volop in de *picture*. Zij moeten laten zien dat

³⁹ Bij semipublieke dienstverleners zijn vrijwel altijd overheidsinstanties (lokale instanties, ministeries en branchegerelateerde instituten) betrokken bij het zoeken naar oplossingen bij ernstige problemen. In enkele cases drongen bewindslieden aan op juridische actie.

ze stevig durven optreden.’ Daar tegenover staat het risico te worden meegesleept indien een ex-bestuurder met modder gaat gooien. De besluitvorming over een aansprakelijkheids-procedure vindt vaak gefaseerd plaats en het besluit zo’n traject in te gaan wordt vaak pas genomen wanneer de zittende bestuurders en toezichthouders zijn vervangen door opvolgers.

5.5 ‘Straffen’

In de interviews over aansprakelijk stellen werd door de geïnterviewden benadrukt dat op rationele gronden wordt besloten tot zo’n actie over te gaan (of ervan af te zien). Het lijkt in elk geval zo te zijn dat dergelijke beslissingen worden genomen door meerdere personen, volgens procedures die een zakelijk afwegingsproces moeten garanderen. Dat neemt niet weg dat geïnterviewden in dezelfde casus soms heel verschillende versies gaven van wat de motieven en overwegingen zijn geweest. En naast de ‘officiële’ motieven klonken in het relaas van de geïnterviewden ook persoonlijke belangen en emoties door. Ze bezien de mogelijkheid en wenselijkheid van het aansprakelijk stellen van de bestuurder niet uitsluitend binnen een juridisch kader, maar ook vanuit morele opvattingen. Eén van de motieven die niet tot de formele functies van het aansprakelijkheidsrecht behoort, maar wel regelmatig doorklonk is dat van ‘straffen’. Vooral in gevallen waarin sprake was van fraude of zelfverrijking spelen morele verontwaardiging en behoefte aan herstel van het rechtsgevoel een rol. Een respondent: ‘Wat hij had gedaan kon niet, dus dan moet er een rechtvaardige straf volgen voor het gedrag.’ Ook het feit dat de bestuurder de interne toezichthouders niet (voldoende) heeft ingelicht of zelfs tegen hen heeft gelogen, wordt door respondenten genoemd. ‘De drijfveer was dat de voormalige bestuurders mooi weer speelden en nooit excuses hebben aangeboden’, aldus een respondent.

5.6 *D&O-verzekering*

In geen van de onderzochte gevallen is, voor zover ons bekend, (een gedeelte van) de door de bestuurder veroorzaakte schade door de verzekering vergoed. In de meerderheid van de cases waarin aansprakelijk is gesteld, leek er sprake te zijn van kwade trouw, wat verklaart waarom in die cases de verzekering geen rol speelde: de verzekeringspolissen sluiten schadevergoeding uit in geval er sprake is geweest van kwade trouw van de bestuurder.

In één geval zag een onderneming die een ex-bestuurder aansprakelijk stelde er bewust van af bij de verzekering te claimen. Reden was dat de verzekering een maximaal uit te keren bedrag toekende en er meer aansprakelijkheidsclaims dreigden, ook tegen nog zittende bestuurders. De vrees bestond dat de verzekeringspot in een procedure tegen de ex-

bestuurder zou worden leeggegeten en er geen verzekeringsgeld meer zou zijn om de zittende bestuurders in andere procedures bij te staan.

6 ALTERNATIEVEN VOOR EEN GERECHTELIJKE PROCEDURE

Naast het al dan niet aansprakelijk stellen van de bestuurders werden ook allerhande andere (juridische) acties overwogen en ondernomen. Deze paragraaf gaat in op datgene dat buiten of naast een formele aansprakelijkheidsprocedure gebeurt. In de bestudeerde cases hebben wij kunnen waarnemen dat regelingen werden getroffen rond het vertrek van bestuurders of dat een schikking werd getroffen. Ook bespreken we hier kort de gevolgen van enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer; van een strafrechtelijk onderzoek, en het aansprakelijk stellen van andere betrokken partijen.

6.1 *Regelingen rond het vertrek van de bestuurder*

In sommige cases is het gedrag van de bestuurder zo negatief gewaardeerd dat oneervol ontslag of ontslag op staande voet is overwogen. Met uitzondering van de fraudezaken is in vrijwel alle gevallen toch voor ontslag met wederzijds goedvinden gekozen, omdat dit sneller en eenvoudiger te bewerkstelligen is en minder risico's met zich meebrengt voor de onderneming dan ontslag op staande voet. Bij het ontslag kunnen afspraken worden gemaakt over het afzien van aansprakelijkstelling. Soms komen partijen overeen dat in geval van conflicten een arbitrage zal worden gestart. In de onderzochte cases vormden onder meer de volgende elementen 'wisselgeld' in de onderhandelingen met de vertrekkende bestuurder:

- vertrekpremies;
- kennis en contacten;
- toekomstige werkzaamheden als 'adviseur';
- schadevergoeding door bestuurder aan de organisatie;
- geheimhouding of juist publiciteit.

In twee cases hebben kennis en contacten een belangrijke rol in de onderhandeling bij het terugtreden van de bestuurder gevormd. Hier was discontinuïteit in de contacten met externe partijen (afnemers, financiers) een groot risico voor de organisatie. De betreffende bestuurders bleven nog enige tijd achter de schermen actief omwille van hun contacten met bepaalde externe partijen en/of om mee te helpen zicht te krijgen op de precieze omvang van de problemen van de organisatie. In verschillende gevallen werd op contractueel vastgelegde of gebruikelijke vertrekpremies gekort. De lagere ontslagvergoeding is dan de prijs die de bestuurder betaalt voor de informeel wel erkende, maar niet juridisch

gevorderde schade. In één geval is het claimen van een riante vertrekregeling door de bestuurder de directe aanleiding geweest om de bestuurder in een formele procedure juist wel aansprakelijk te stellen. Die procedure mondde uiteindelijk uit in een schikking, waarbij de bestuurder een deel van de schade aan de onderneming heeft vergoed.

6.2 *Schikken: goedkoper, sneller en minder schadelijk voor de organisatie*

Schikken heeft veel voordelen ten opzichte van de aansprakelijkheidsprocedure. Allereerst kan (negatieve) publiciteit voor de onderneming worden voorkomen. Bij de getroffen schikkingen werd in één geval geheimhouding overeengekomen. In het andere geval werd juist overeengekomen dat de organisatie zelf publiciteit zou zoeken en werd de buitenwereld er via een persbericht op geattendeerd dat schoon schip was gemaakt.

In de tweede plaats gaat schikken doorgaans veel sneller dan een gerechtelijke procedure en zijn er minder kosten aan verbonden. In de zaken waarin een formele procedure op basis van artikel 2:9 BW is gevoerd, zijn miljoenen euro's aan onderzoek en proceskosten uitgegeven, en procedures vergen veel tijd. Overigens dient opgemerkt te worden dat een eiser niet de vrije keuze heeft tussen een rechterlijk vonnis of een schikking. Voor een schikking is logischerwijs medewerking van beide partijen nodig. De aansprakelijk gestelde bestuurder zal (in enige mate) zijn falen moeten erkennen en over middelen moeten beschikken om genoegdoening in de vorm van compensatie te verschaffen.

6.3 *Andere mogelijkheden*

Naast vertrekregelingen en schikken, zijn er nog enkele mogelijkheden. Zo kan een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer worden gestart. Verscheidene belanghebbenden, zoals aandeelhouders en vakbonden, hebben het zogenoemde enquêterecht (dat is vastgelegd in art. 2:344-2:359 BW). Een dergelijke actie is niet gericht tegen de bestuurders, maar kan wel een onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders aan het licht brengen en kan tevens maatregelen (bijvoorbeeld schorsing of ontslag) ten opzichte van de bestuurder tot gevolg hebben.

Het is ook mogelijk dat externe partijen, zoals de accountant of juridisch adviseurs, het schadelijke gedrag mede hebben veroorzaakt, (ten onrechte) niet hebben ontdekt of positief hebben geadviseerd over activiteiten die tot schade hebben geleid. Ook zij kunnen in zo'n geval aansprakelijk worden gesteld. In ten minste drie onderzochte cases zijn gerechtelijke procedures gestart tegen externe partijen die betrokken waren bij fraude. Deze cases speelden zich alle af in de semipublieke sector. Verschillende partijen hebben diensgevolge schadevergoeding moeten betalen. In diverse andere cases zijn accountants of adviseurs buitengerechtelijk aangesproken. In één geval is bovendien met een tuchtklacht

gedreigd. In twee gevallen heeft de huisaccountant een schadevergoeding betaald, in één geval ging dit gepaard met een persbericht waarin het accountantskantoor bij naam werd genoemd. In een andere case is een regeling getroffen waarbij de advocaat gedeeltelijk kosteloos ondersteuning bleef bieden. Deze advocaat had zaken over het hoofd gezien, die tot schade leidden. Mede daardoor verkeerde de organisatie in crisis en had ze juridisch advies hard nodig.

Een laatste alternatief dat we hier kort bespreken is dat van het entameren van strafrechtelijk onderzoek. Zes van de elf cases worden door geïnterviewden getypeerd als fraudezaken, of als gevallen waarin er sterke vermoedens van fraude bestonden. Er is bijvoorbeeld sprake van een zwarte kas, van het wegsluizen van geld via privéondernemingen van bestuurders, of betalingen aan zakenpartners van de organisatie aan de bestuurder.

Het feit dat strafrechtelijk onderzoek plaatsvindt, creëert enkele samenhangende condities die de kans op het verhalen van schade via een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure dan wel een schikking, vergroten:

- strafrechtelijk onderzoek betekent veelal dat de zaak in de publiciteit komt en er druk op de organisatie komt te liggen om, voor het oog van de buitenwereld, schoon schip te maken;
- de strafvorderlijke middelen (huiszoeking, telefoontaps, etc.) kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan de waarheidsvinding. Als op basis van strafrechtelijk onderzoek veroordelende vonnissen worden gewezen, kan dit de winkansen verhogen in een aansprakelijkheidsprocedure;
- organisaties die zelf feitenonderzoek moeten laten uitvoeren door forensisch accountants zijn daar veel geld aan kwijt; strafrechtelijk onderzoek kan die kosten beperken;
- in één case kon de organisatie ‘meeliften’ met een in een vroeg stadium door de FIOD gelegd beslag. Hierdoor werd de kans vergroot op een succesvol verhaal van schade.

7 CONCLUSIES

In de afgelopen jaren is veel maatschappelijke onvrede geuit over het feit dat bestuurders die ernstige fouten maakten met ernstige gevolgen voor de organisatie waarin zij werkten, gemakkelijk de dans leken te ontspringen. Zij zouden weinig nadeel hebben ondervonden van hun fouten en niet aansprakelijk worden gesteld voor de schade die zij veroorzaakt hebben. In de publieke en politieke debatten over concrete misstanden in het bedrijfsleven en bij de overheid wordt gesuggereerd dat de bestaande juridische mogelijkheden van het aansprakelijk stellen van bestuurders voor gemaakte fouten, onvoldoende worden gebruikt. Gesuggereerd wordt dat bestuurders elkaar te veel de hand boven het hoofd houden, met name als het gaat om het intern aansprakelijk stellen van bestuurders. Deze terughoudend-

heid om elkaar aan te spreken zou te maken hebben met het *'old boys network'* waar bestuurders deel van zouden uitmaken.

Wij constateerden dat in de periode 2001 tot 2011 ten minste zeventig gerechtelijke procedures zijn gevoerd tegen bestuurders. Het getal is een ondergrens; er zijn goede gronden om aan te nemen dat het aantal het topje van een ijsberg is.

Op basis van elf cases waarin sprake is geweest van fouten of misstanden veroorzaakt door bestuurders, hebben wij getracht te ontrafelen welke overwegingen en motieven er zijn om bestuurders wel of niet intern aansprakelijk te stellen. Uitgaande van de assumpties van het aansprakelijkheidsrecht zou verwacht mogen worden dat de beslissing tot aansprakelijkstelling vooral gericht is op herstel van de schade. In onze cases speelden echter voornamelijk andere overwegingen een rol. Als het alleen om schadeherstel zou gaan, zou het middel van de interne aansprakelijkstelling nauwelijks worden beproefd. Immers, alleen al de kosten om het middel te gebruiken doen de balans in de richting van niet-aansprakelijkstelling doorslaan. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de lange tijdsduur en de beperkte mogelijkheden om de schade te kunnen verhalen op de privévermogens van de aansprakelijkgestelde bestuurders, weinig perspectief bieden op schadeherstel.

Blijkens de interviews die wij over het verloop van de besluitvorming in de elf cases verrichtten, spelen in de praktijk andere overwegingen een rol in het besluit. In de eerste plaats spelen morele oordelen over de gewraakte handelwijzen van de bestuurder een rol. Enkele respondenten beschouwden hun besluit om bestuurders aansprakelijk te stellen als een *'straf'*. Zij konden een *'goedbedoelde stupiditeit'* nog wel accepteren, maar vonden het erg wanneer het onbehoorlijke handelen van de ander min of meer bewust was geweest. Hier keert het *'old boys network'* zich tegen de gewezen bestuurder. Juist omdat betrokkenen elkaar kenden, werd het onbehoorlijke handelen (zoals liegen tegenover de raad van bestuur of het plegen van valsheid in geschrifte of fraude) opgevat als schending van vertrouwen of erger nog, als verraad.

In de tweede plaats wordt de beslissing om al dan niet aansprakelijk te stellen in belangrijke mate bepaald door overwegingen van strategische aard. Door het instellen van een schadeclaim geeft de organisatie een signaal af naar de buitenwereld of naar het eigen personeel. Een nieuw aangestelde bestuurder kan zich bijvoorbeeld ostentatief distantiëren van het verleden door zijn voorganger aansprakelijk te stellen. Bij enkele semipublieke ondernemingen werden aansprakelijkstellingen ingezet om een voorbeeld te stellen aan de branche als geheel (zorg; woningcorporaties). In een aantal cases leidden overwegingen omtrent reputatie en reputatieschade evenwel tot het niet instellen van een actie, omdat deze naar verwachting met veel negatieve publiciteit gepaard zou gaan.

In de derde plaats speelt bij de aansprakelijkstelling mee welke andere manieren en methoden er zijn om te reageren op de onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder. De aansprakelijkstelling wordt doorgaans afgewogen tegen alternatieven, zoals het geven van ontslag, het doen van aangifte in geval van fraude of het treffen van onderhandse

schikkingen. Soms is het schaken op verschillende borden tegelijk als de ene actiemogelijkheid wordt benut om een andere mogelijkheid te verwezenlijken. Zo kan het instellen van een aansprakelijkheidsprocedure een middel zijn om een ander doel, namelijk het treffen van een schikking, te bereiken.

Concluderend, er kunnen in de praktijk goede redenen zijn om geen gebruik te maken van artikel 2:9 BW, ook al zou het op grond van de feiten wel mogelijk zijn geweest. Dat betekent dat de preventieve werking van de interne aansprakelijkheidsprocedure in enge zin wat minder sterk is dan in de doctrine wel wordt voorzien. Het afzien van interne aansprakelijkstelling betekent echter niet dat falende bestuurders de hand boven het hoofd wordt gehouden. Evenmin betekent het dat niets tegen de bestuurder of toezichthouder wordt ondernomen.

LITERATUUR

Arrighetti, Bachmann & Deakin 1997

A. Arrighetti, R. Bachmann & S. Deakin, 'Contract law, social norms and inter-firm cooperation', in: *Cambridge Journal of Economics*, 21, 1997, p. 171-196.

Assink 2011

B.F. Assink, *Fiduciary Duties and Liabilities of Directors and Officers – Director Liability in Corporate Law and the Proper Interplay Between Contextualism and Doctrinal Conceptualization*, University of Tilburg, Seminar 'Fiduciary Duties in Corporate Law', in honor of the appointment of Chancellor L.E. Strine, Jr. as the 2011-2012 Anton Philips Professor, 4 november 2011.

Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011

B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Een dwarsdoorsnede', in: *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (deel 76, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5-80.

Van Boom 2006

W. van Boom, *Effacious enforcement in contract and tort*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Boshouwers & Tjeenk Willink 2007

P.H.A. Boshouwers & A.G.M. Tjeenk Willink, *Bestuurdersaansprakelijkheid in de zorg. Verantwoordelijkheid voor veiligheid*, RZA-jubileumspecial, 2007, p. 13-22.

Croes & Maas 2009

M.T. Croes & G.C. Maas, *Geschildbeslechtigingsdelta MBK. Over het optreden en afhandelen van (potentieel) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*, Den Haag: WODC 2009.

Van Dunné 2001

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Elster 1998

J. Elster, 'Emotions and economic theory', *Journal of Economic Literature*, 36(1), 1998, 47-74.

Engel & McCann 2009

D. Engel & M. McCann, *Tort Law as Cultural Practice*, Buffalo Legal Studies Research Paper No. 2009-15.

Eshuis 2003

R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, Den Haag: WODC 2003.

Eshuis, Holvast, Van de Bunt, Van Erp & Pham 2012

R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast, H.G. van de Bunt, J.G. van Erp & N.T. Pham, *Het aansprakelijk stellen van bestuurders. Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders*, WODC reeks Onderzoek en Beleid 303, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

Hendrikse 2009

A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009, 4, p. 174-182.

Hendrikse 2010

A. Hendrikse, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid', in: R.J. van Galen, J.G. Princen & R. Mulder (eds.), *De insolvente vennootschap*, Insolad Jaarboek 2010.

Klaassen 2010

A.G.H. Klaassen, 'Wettelijke beperking van bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen en stichtingen?', *Ondernemingsrecht* 2010, 14, p. 598-607.

Knepper & Bailey 2011

W.E. Knepper & D.A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, 8th edition, vol.2, LexisNexis, 2011, CH16.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders* (oratie Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Lane & Bachmann 1997

C. Lane & R. Bachmann, 'Cooperation in inter-firm relations in Britain and Germany: The role of social institutions', *British Journal of Sociology*, 48, 1997, p. 226-254.

Nelken 2009

D. Nelken, 'Law, Liability and Culture', in: D. Engel & M. McCann (eds.), *Fault Lines, Tort Law as Cultural Practice*, Stanford University Press 2009, p. 21-39.

Rainey 1997

H.G. Rainey, *Understanding & Managing Public Organizations*, San Francisco: Jossey-Bass Publishers 1997.

Schwitters 2011

R. Schwitters, 'Wat zijn de maatschappelijke gevolgen van een instrumenteel aansprakelijkheidsrecht?', in: M. Hertogh & H. Weyers (eds.), *Recht van onderop, Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 327-347.

Spier 2003

J. Spier, 'Doel en functie van het aansprakelijkheidsrecht', in: J. Spier, T. Hartlief, G. van Maanen & R. Vriesendorp (eds.), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003.

De Valk 2009

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010

B. van Velthoven & C. Klein Haarhuis, *Geschildbeslechtsingsdelta 2009*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Weterings 2010

W.C.T. Weterings, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk', *Het verzekerings-archief*, 2010 (87), p. 161-172.

Van Wingerde 2012

K. van Wingerde, *De afschrikking voorbij* (diss. EUR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

32 DE VRIJBLIJVENDE VERPLICHTING VAN LEIDRADEN IN DE FINANCIËLE SECTOR

De civielrechtelijke en publiekrechtelijke effecten van vrijblijvende toezichthoudersadviezen

A.J.C.C.M. Loonen

SAMENVATTING

Binnen de financiële sector heeft zelfregulering het de laatste decennia afgelegd tegenover wet- en regelgeving. Ondanks de toegenomen fijnmazigheid van deze wet- en regelgeving constateert de toezichthouder AFM dat het door haar gewenste adviesgedrag nog onvoldoende is geïmplementeerd. Een voor de financiële sector nieuw wapen is ingezet: de leidraad. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de juridische betekenis van dit nieuwe wapen. Ofschoon het ‘comply or explain’-principe geldt voor deze leidraden, is duidelijk waarneembaar dat de toezichthouder de invoering van de aanbevelingen die zij doet in deze leidraden ook wil afdwingen. Uit empirisch onderzoek blijkt dat de praktijkbeoefenaren, bestaande uit adviseurs, vermogensbeheerders, maar ook directieleden uit de financiële sector, de leidraden min of meer gelaten accepteren. Er lijkt nauwelijks sprake te zijn van oppositie. Sterker: men is gelukkig met deze leidraden. Niet alleen publiekrechtelijk hebben deze leidraden hun uitwerking, ook civielrechtelijk. Ofschoon daar geen verplichting toe is, kan de rechtelijke macht de inhoud van leidraden gebruiken als referentiekader voor het invullen van de ongeschreven normen in de wet- en regelgeving. Een gegeven waar de financiële sector zeker rekening mee moet houden, aangezien redelijkheid en billijkheid, maar ook goed opdrachtnemerschap en de zorgvuldigheidsnorm zodoende ingekleurd worden. De introductie van de leidraden heeft ook keerzijden: het zou de innovatie binnen de sector kunnen remmen en de lijdelijkheid neemt toe.

1 INLEIDING

De zelfregulering in de financiële sector lijkt te zijn mislukt.¹ Met wet- en regelgeving wordt nu getracht banken in het gareel te krijgen. Denk aan de genomen maatregelen rondom

¹ Zie p. 13 van het Parlementaire onderzoek financieel stelsel (ook wel bekend onder de naam commissie-De Wit). Hier wordt retorisch gesteld: ‘De vraag is daarbij of de financiële sector voldoende discipline heeft om niet alleen naar de letter, maar ook naar de geest van de Code Banken te gaan handelen.’

Klantbelang Centraal en de nauwgezette regelgeving voor het voldoen aan het ‘ken-uw-cliënt’-beginsel. Wat blijkt nu? Naleven van wet- en regelgeving is volgens de toezichthouder niet voldoende om het gewenste gedrag in de financiële sector af te dwingen.² Het thema van dit boek is de invloed van wet- en regelgeving op gedrag nader te duiden. In deze bijdrage wordt een bijzondere, afgeleide vorm van wet- en regelgeving ten tonele gebracht: ‘de leidraad’. Met deze vorm van alternatieve regelgeving tracht de toezichthouder gewenst (advies)gedrag te stimuleren, maar geeft hiermee ook impliciet invulling aan juridische begrippen als ‘goed opdrachtnemerschap’ (art. 7:401 BW) en ‘redelijkheid en billijkheid’ (art. 6:248 lid 2 BW) en de zorgvuldigheidsnorm (art. 6:162 BW). Ik ga in deze bijdrage nader in op de kenmerken van het instrument leidraad en tracht het belang van leidraden in de financiële adviespraktijk te duiden.

In paragraaf 2 wordt ingegaan op de definitie en inzet van het instrument ‘leidraad’. Ook de diversiteit aan onderwerpen waar leidraden over geschreven worden in de financiële sector komt hier aan de orde. In paragraaf 3 sta ik stil bij de effectiviteit van de leidraden. Hoe ervaren directieleden van banken de leidraden? En hoe zien praktijkbeoefenaren, die de leidraden in de praktijk gebruiken, deze leidraden? Hebben de leidraden effect in de praktijk? Daarna doe ik in paragraaf 4 een poging om op basis van jurisprudentie de civielrechtelijke relevantie van leidraden te duiden. In de voorlaatste paragraaf 5 plaats ik kritische kanttekeningen bij het gebruik van leidraden in de financiële sector. Ik besluit deze bijdrage met enkele slotopmerkingen (paragraaf 6).

2 NADERE INTRODUCTIE TOT HET BEGRIIP ‘LEIDRAAD’

Laten we eerst stilstaan bij de betekenis van het woord ‘leidraad’. Als synoniem wordt ook ‘richtsnoer’ gebruikt. Beide woorden hebben een wat vriendelijke, bijna ondersteunde connotatie en lijken de gebruiker ervan als het ware te hulp te schieten en bij te staan. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) stelt in de leidraad ‘Communicatie voor Pensioen-uitvoerders’ (maart 2011) dat deze leidraad bedoeld is als ‘hulpmiddel’ om te voldoen aan de vereisten uit de Pensioenwet. Van Dale geeft aan het woord leidraad de betekenis van ‘beknopte handleiding’. De online encyclopedie Encyclo gebruikt ook het woord ‘handleiding’ met de aanvulling: ‘iets waardoor je je gedrag laat bepalen’. Als voorbeeld wordt de Bijbel genoemd die voor mensen een leidraad kan zijn voor hun handelen.

Het woord ‘handleiding’ wordt veelal gebruikt bij technische toepassingen (software, hardware en wit- en bruingoed). Een handleiding wordt dan vaak gepresenteerd als dé

2 Zie het interview met AFM-bestuurslid Theodor Kockelkoren in Het Financieele Dagblad van 10 november 2009, waarin hij stelt dat banken nog steeds knollen voor citroenen verkopen.

– correcte – wijze om het apparaat of de software aan de gang te krijgen. De gebruiker kan wel zijn eigen gang gaan, maar willen alle functionaliteiten van het apparaat correct gebruikt worden, dan zal de handleiding gebruikt moeten worden (of de eigenwijze gebruiker moet zelf gaan experimenteren, met risico van beschadigingen). Toch zit er ook een zekere juridische dwang aan het begrip handleiding. Het niet volgen van de handleiding kan gevolgen hebben voor de fabrieksgarantie bepalingen.³ Wil de gebruiker succesvol aanspraak maken op deze garantie bepalingen, dan wordt vaak bepaald dat de handleiding gevolgd moet zijn. Althans, bewust afwijken van de handleiding kan volgens de fabrikant schade toebrengen aan het apparaat en gevolgen hebben voor de garantie.

Leidraad of synoniemen als ‘handleiding’, ‘beleidsregel’, ‘praktijkregel’, ‘protocol’ of ‘richtsnoer’ zijn zeker geen exclusief instrument voor de financiële sector en voor Nederland. Het tegendeel is waar. Een kleine zoektocht levert ook leidraden op in de juridische wereld, de accountancy, de medische sector, de energiesector (o.a. voor het toewijzen van emissierechten), de landelijke en lokale overheid (zoals een leidraad voor rampenbestrijding, gemeentelijke schadehulpverlening, waterkeringen).⁴ Ook op internationaal terrein worden leidraden, meestal dan ‘Best Practices’ of ‘Good Practices’ genaamd, ingezet. Zo is er in 2008 de internationale leidraad ‘Good Practices in Risk Management of Alternative Investment by Pension Funds’ van 2008 door The International Organisation of Pension Supervisors (IOPS) uitgegeven. Zijn er kenmerken te benoemen als het gaat om leidraden? In dit verband is het zogenoemde Leidraad-arrest⁵ van de Hoge Raad interessant. Uit dit arrest is een aantal voorwaarden te ontleiden waaraan volgens de Hoge Raad een beleidsregel moet voldoen.⁶ Zo moet het gaan om regels die (a) door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid zijn vastgesteld omtrent de uitoefening van zijn (eigen) beleid, (b) behoorlijk bekendgemaakt zijn en (c) zich naar inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij die regeling betrokkenen als *rechtsregel* te worden toegepast.

2.1 De leidraden in de financiële sector

Begin 2007 constateerde de AFM een belangrijke valkuil. Wat bleek? Op basis van rechtspraak, toezichtervaring en uitspraken van de Reclame Code Commissie (RCC) en het

3 Dit los van de wettelijke garantie, het conformiteitsvereiste (art. 7:17 BW) genaamd.

4 Zie Giesen 2007, p. 78-84, waar diverse verschijningsvormen uitvoerig beschreven worden.

5 Zie HR 28 maart 1990 (derde kamer), NJ 1991, 118 m.nt. MS inzake de Leidraad administratieve boeten 1984; HR 19 juni 1990 (strafkamer), NJ 1991, 119 m.nt. ThWvV en MS inzake een richtlijn van het OM, en HR 29 juni 1990 (burgerlijke kamer), NJ 1991, 120 inzake de Vreemdelingen-circulaire.

6 Zie ook Teuben 2004.

Dutch Securities Institute (DSI⁷) werd de open ongeschreven norm ‘niet misleidend’ volgens de AFM onjuist ingevuld door de financiële sector.⁸ Dit heeft de eerste aanzet gegeven voor het introduceren van het nieuw fenomeen in de Nederlandse financiële sector; de leidraad. De eerste leidraad, ‘Misleiding’ van mei 2007, was een feit. Het aantal leidraden dat daarna door de financiële toezichthouders is uitgegeven, heeft vervolgens een enorme vlucht genomen. Niet alleen de hoeveelheid, ook de invloed van de leidraden is exponentieel toegenomen.

Binnen de financiële sector zijn leidraden met name bekend door de publicaties van de financiële toezichthouders (AFM en DNB). In de volgende subparagrafen wordt nader ingegaan op de betekenis die de financiële toezichthouders (incl. ESMA⁹) aan leidraden geven.

De leidraad volgens de Autoriteit Financiële Markten

De AFM definieert een leidraad op haar website als:

‘(...) een schriftelijke beleidsuiting waarin de AFM aan marktpartijen richting en duidelijkheid wil geven. Een leidraad geeft bijvoorbeeld aanbevelingen, handvatten of extra uitleg. Tevens kunnen er (gedrags-)richtlijnen aan de markt worden meegegeven. Het doel van een leidraad is een specifieke groep van personen te informeren of meer inzicht te geven over een bepaald onderwerp. Een leidraad wordt vaak gepubliceerd naar aanleiding van de roep vanuit de markt of naar aanleiding van specifieke gevallen uit de praktijk’.

In de leidraad ‘Actief en passief beleggen in het belang van de klant’ (oktober, 2011) geeft de AFM toelichting op het doel en de juridische status van de leidraad. Als doel stelt de AFM op pagina 9:

‘Deze leidraad is bedoeld om inzicht te geven in de aanbevelingen van de AFM ten aanzien van actief en passief beleggen. De AFM wil met deze leidraad financiële ondernemingen er toe bewegen om ten aanzien van actief en passief beleggen het klantbelang centraal te stellen.’

7 Dutch Securities Institute (DSI); een instituut dat screening, registratie en permanente educatie organiseert in de financiële sector.

8 Met name transparantie over kosten, risico's, beperkende voorwaarden en rendementen bleek volgens de AFM te wensen over te laten.

9 European Securities and Markets Authority.

Om te vervolgen op pagina 10 met een korte toelichting op de juridische status van de leidraad:

‘De AFM moedigt financiële ondernemingen aan om kritisch naar hun huidige praktijken te kijken en de aanbevelingen uit de leidraad op te volgen. Deze leidraad heeft echter niet de status van wet- of regelgeving. Met de leidraad wordt niet beoogd om invulling te geven aan een wettelijke norm. Waar de AFM de term ‘klantbelang’ gebruikt, verwijst de AFM naar een situatie waarvan zij verwacht dat financiële ondernemingen deze na willen streven om hun klanten zo goed mogelijk te bedienen. Financiële ondernemingen zijn niet verplicht om de aanbevelingen uit deze leidraad op te volgen’.

Ter illustratie: de AFM vermijdt in haar boetebesluit tegen Friesland Bank N.V van 21 juli 2011 het woord ‘norm’ in direct verband te brengen met de leidraad en gebruikt het woord *guidance* voor het invullen van de wettelijke norm.¹⁰ In dit verband wordt artikel 4:23 lid 1 Wet op het financieel toezicht (Wft)¹¹ als wettelijke norm gepresenteerd.

De vrijblijvendheid om een leidraad al dan niet te volgen wordt in de leidraad ‘Tweedepijler pensioenadvisering’ (augustus 2010) weggenomen. Als toelichting op de leidraad stelt de AFM:

‘Om financieel dienstverleners te helpen bij de inrichting van een goede pensioenadviespraktijk heeft de AFM een “leidraad tweedepijler pensioenadvisering” opgesteld. Hierin wordt door de AFM aangegeven waaraan een goed pensioenadviestraject moet voldoen.’ (onderstreping TL)

De benaming die in de literatuur ook gebruikt wordt, is in dit verband treffend: ‘alternatieve regelgeving’.¹²

10 Op pagina 17 verdedigt de AFM zich als volgt: ‘In dit verband heeft FB (Friesland Bank, TL) dat er pas op 20 december 2010 een leidraad is gepubliceerd over ORV’s en dat die leidraad dateert van na de onderzoeksperiode. De AFM is van oordeel dat het belang dat de AFM hecht aan adequate advisering bekend mag worden geacht in de markt. De norm zoals neergelegd in artikel 4:23 Wft bestaat al sinds de invoering van de Wet financiële dienstverlening in 2006 en die wet is overgegaan in de Wft. Sinds de invoering van deze norm heeft de AFM in voldoende mate guidance gegeven aan de markt over hoe deze norm geïnterpreteerd dient te worden.’

11 Art. 4:23 lid 1 Wft: ‘Indien een financiële onderneming een consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert:
a. wint zij in het belang van de consument onderscheidenlijk de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voorzover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies of het beheren van het individuele vermogen.’

12 Zie over alternatieve regelgeving o.a. Giesen 2007.

De leidraad volgens De Nederlandsche Bank

De Nederlandsche Bank (DNB) geeft in haar ‘Leidraad Wwft en Sw’¹³ (april 2011) toelichting op de juridische status van de leidraad. Op pagina 2 is te lezen:

‘Deze leidraad is geen juridisch bindend document of beleidsregel van DNB als bedoeld in artikel 1:3 lid 4 Algemene Wet Bestuursrecht¹⁴ en heeft of beoogt geen rechtsgevolg. Deze leidraad komt niet in de plaats van wet- en regelgeving en beleids- of toezichthouderregelingen op dit gebied, zoals bijvoorbeeld de Regeling afgeschermde rekeningen Wft of de Beleidsregel Integriteitbeleid ten aanzien van zakelijke vastgoedactiviteiten.’

Indien de DNB het begrip ‘leidraad’ gebruikt, dan kan dit verschillende betekenissen hebben. Op 14 november 2011 spreekt de DNB over de ‘toereikendheidstoets’. Deze toets wordt door de DNB omschreven als een *Good Practice*: een leidraad om beter inzicht te krijgen in de aangegane verplichtingen van verzekeraars, maar ook van de DNB zelf. Het volgen van deze *Good Practice* zou moeten leiden tot kwaliteitsverbeteringen in het toezicht. Daarbij stelt de DNB dat zij naar aanleiding van het implementeren van de *Good Practice* bij een vijftal verzekeraars begonnen is met een aanvullend, diepgaander onderzoek. Een andere centrale bankier, de Europese Centrale Bank (ECB) lijkt een weinig vrijblijvend karakter aan de definitie van ‘leidraden’ te geven. In haar jaarverslag over het jaar 2008 is op pagina 227 te lezen:

‘Deze code (gedragscode, TL) dient als leidraad en stelt ethische normen voor de leden van de Raad van Bestuur en hun plaatsvervangers bij het uitoefenen van hun functie als lid van de Raad van Bestuur.’

Hiermee worden dus duidelijke normen gesteld en blijkt geenszins een vrijblijvend karakter uit de formulering. In de uiting van de DNB (mei 2009) over ‘Principes voor beheerst beloningsbeleid’ wordt het woord ‘leidraad’ weer op een andere manier gehanteerd:

‘Van financiële instellingen wordt verwacht dat zij de principes hanteren als leidraad om hun beloningsbeleid kritisch te beschouwen en waar nodig aan te passen.’

13 Wwft: Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, SW: Sanctiewet 1977.

14 Art. 1:3 lid 4: ‘Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan’.

In de leidraad Wwft en SW van 2011 noemt de DNB de leidraad ‘een handreiking en toepassing van de wettelijke verplichtingen’ (p. 2). Hierin wijkt de DNB in deze omschrijving direct af van die van de AFM (zie de leidraad ‘Actief en passief beleggen in het belang van de klant’, waarin de AFM stelt: ‘Met de leidraad wordt niet beoogd om invulling te geven aan een wettelijke norm’).

De leidraad volgens de European Securities and Markets Authority

De Europese toezichthouder ESMA (*European Securities and Markets Authority*) heeft in het kader van artikel 16 van de ESMA-verordening de bevoegdheid om richtsnoeren (*guidelines*) uit te vaardigen die zijn gericht aan bevoegde nationale autoriteiten en/of financiële marktdeelnemers. Deze *guidelines* kunnen overigens in vele vormen worden uitgegeven. Zo kan dit een FAQ’s zijn of een zogenoemde *guidance note*. Het doel van deze richtsnoeren is het invoeren van consistente, efficiënte en effectieve toezichtpraktijken en het verzekeren van de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van het Europese Unie-recht. In deze richtsnoeren zet de ESMA haar standpunt uiteen betreffende de manier waarop het recht van de Europese Unie op een bepaald gebied moet worden toegepast en hoe ESMA passende toezichtpraktijken in het Europees Systeem voor Financieel Toezicht (ESFS) ziet. ESMA verwacht daarom dat alle betrokken bevoegde autoriteiten (waaronder de AFM) en financiële marktdeelnemers deze richtsnoeren naleven, tenzij anders is bepaald.¹⁵

De door ESMA gepubliceerde *guidances* en *recommendations* zijn juridisch eveneens niet bindend. Wel is het ‘*comply or explain*’-principe ook hier van toepassing. Nationale autoriteiten dienen binnen twee maanden openbaar te maken of zij de *guidance* zullen volgen en, indien zij dit niet doen, wat hiervan de reden is. Voorts heeft ESMA ook de mogelijkheid af te dwingen dat participanten op de financiële markten publiekelijk melden of zij voldoen aan de *guidance* of niet. Naast de *guidance* kan ESMA ook zogenoemde ‘technische standaarden’ (*Technical Standards*) uitgeven. Deze technische standaarden, zodra goedgekeurd door de Europese Commissie, zijn wel juridisch bindend.

2.2 Diversiteit aan financiële leidraden

Er zijn de afgelopen jaren diverse leidraden over verschillende onderwerpen en in diverse vormen uitgegeven. Bestond de eerste leidraad (leidraad ‘Misleiding’, mei 2007) nog uit ruim twee A4’tjes, de huidige leidraden zijn uitvoerige rapporten met onderbouwing en

¹⁵ Op 27 maart 2013 stuurt de AFM een persbericht waarin zij meldt dat de AFM de ESMA-richtsnoeren over ETF’s onderschrijft. Daarmee geeft een nationale toezichthouder aan dat zij de richtsnoeren van de Europese toezichthouder ondersteunt.

voorbeelden. Ook komt het voor dat de AFM en DNB over hetzelfde onderwerp ieder een leidraad uitgeven. Zo heeft DNB in april 2011 een leidraad over de Wwft en SW uitgegeven, terwijl de AFM in maart 2012 de leidraad Wwft heeft uitgegeven. De reden dat twee toezichthouders een leidraad hebben uitgegeven, ligt aan het toezichtsgebied. De DNB houdt toezicht op het bankwezen en is vanuit die hoedanigheid primair verantwoordelijk voor het handhaven van de Wwft bij banken, terwijl de AFM toezicht houdt op beleggingsondernemingen, beleggingsinstellingen en financiële ondernemingen zoals financiële tussenpersonen die eveneens Wwft-verplichtingen hebben. Vanuit deze optiek is de AFM bij deze ondernemingen verantwoordelijk voor het handhaven van de Wwft. Leidraden worden niet alleen in samenwerking tussen twee nationale toezichthouders opgesteld. Zo is de leidraad 'marktmanipulatie' door de AFM tezamen met de toezichthouders uit België (CBFA), Frankrijk (AMF) en Portugal (CMVM) opgesteld.

Daar waar DNB zich voornamelijk richt op het uitgeven van (enkele) leidraden als *good practice* voor het interpreteren van wet- en regelgeving (zoals Wwft en SW), lijkt de AFM zich daarnaast als gedragstoezichthouder met de leidraden te richten op het invullen van interpretatievrijheid of de open of ongeschreven norm die aan belangrijke artikelen als artikel 4:23 Wft (het zogenoemde 'ken uw klant'-beginsel) is gegeven. Denk hierbij aan leidraden als de in december 2009 uitgegeven leidraad 'Zorgvuldig adviseren over vermogensopbouw voor financieel dienstverleners en voor beleggingsondernemingen' en in november 2011 de leidraad 'Klant in beeld: aanbevelingen voor zorgvuldig beleggingsadvies en vermogensbeheer'. Met deze leidraden adviseert de AFM hoe het cliëntinventarisatie- en adviesproces in te vullen. Dit zijn leidraden die direct ingrijpen op de adviesprocessen bij financiële dienstverleners. Met de in 2010 uitgegeven AFM-leidraad 'Hypotheekadviesring', die uit zeven delen en vijf concrete praktijkvoorbeelden bestaat, vult de AFM het adviesproces nauwgezet in. Het onderwerp 'pensioenadviesring' heeft eveneens de nadrukkelijke aandacht van de AFM. Zo werd in augustus 2010 de leidraad 'Tweedepijler pensioenadviesring' opgesteld, die uit maar liefst elf hoofdstukken bestaat en waarin de AFM duidelijke sturing probeert te geven aan het pensioenadviesproces.

Ook de communicatie van financiële ondernemingen naar de buitenwereld wordt door de AFM verwoord in leidraden. Zo heeft de AFM in 2010 de leidraad 'Informatie over risicoprofielen' gepubliceerd. Hierin worden handvatten gegeven hoe beleggingsondernemingen het nut en het gebruik van risicoprofielen idealiter zouden communiceren aan niet-professionele beleggers. Deze leidraad over de wijze van communiceren kreeg opvolging in maart 2011 met de leidraad 'Communicatie voor Pensioenuitvoerders'.

Niet alle leidraden gaan over het beste voorbeeld voor het interpreteren van wet- en regelgeving of het duiden van een adviesproces. Een enkele leidraad gaat diep in op de

productkeuzes van een financieel adviseur. In oktober 2011 publiceerde de AFM de leidraad 'Actief en passief beleggen in het belang van de klant'. Hier wordt ingegaan op de kenmerken van actieve en passieve beleggingsfondsen en de overwegingen om hierin wel of niet te beleggen voor niet-professionele beleggers. Deze leidraad is, gezien de controverse van dit onderwerp, onderbouwd met een literatuurstudie. Er zijn wetenschappelijke studies die aantonen dat het constant verslaan van een index nagenoeg onmogelijk is, terwijl andere studies aantonen dat fondsmanagers wel degelijk in staat zijn α ¹⁶ te genereren. De leidraad 'Actief en passief beleggen in het belang van de klant' is dan ook een voorbeeld van een leidraad waarmee de AFM diep ingrijpt in het advies/beheerproces in de financiële sector.

Aan een leidraad ligt volgens de AFM altijd een onderzoek ten grondslag. Met behulp van een zogenoemde 'nulmeting' stelt de AFM vast of er een probleem is in de praktijk rondom een bepaald onderwerp. Op basis van die nulmeting kan vervolgens besloten worden een leidraad op te stellen. Voorafgaand aan het finaliseren van een leidraad kan een formele consultatie worden verricht onder stakeholders. Met deze formele consultatie wordt stakeholders een termijn gegeven waarop ze kunnen reageren op een bepaald onderwerp. Zo wordt volgens een procedure getracht meer informatie en dus inzichten te krijgen over het onderwerp. Een belangrijk neveneffect kan het verkrijgen van draagvlak zijn voor een onderwerp en/of de visie van de toezichthouder op dit onderwerp. Zijn er een paar financiële ondernemingen overtuigd van de toegevoegde waarde van een advies van de toezichthouder, dan is de kans reëel dat andere partijen volgen. Veel geliefder zijn de informele consultaties waarbij stakeholders of deskundigen door de AFM geraadpleegd worden. Zo wordt door de toezichthouder getoetst of de leidraad in wording voldoende onderbouwd is en of er relevante onderwerpen worden gemist. Overigens kan het voorkomen dat de inhoud van een leidraad 'geactualiseerd' wordt door de toezichthouder. Zo is er bijvoorbeeld de leidraad 'Begrijpelijkheid' van december 2007, die volgens de website van de AFM aangepast wordt aan 'nieuwe inzichten'. Ook aanvullingen zijn denkbaar. Lijkt de AFM in haar leidraad 'Actief en passief beleggen in het belang van de klant' van oktober 2011 het passief beleggen te willen stimuleren, in juni 2012 komt dezelfde AFM met een aanvullende opmerking. Zo bleek dat het beleggen in indextrackers inderdaad toenam, maar er naar de mening van de AFM onvoldoende werd gewaarschuwd voor de risico's (met name de *tracking error* en de *tracking difference* zouden onvoldoende belicht worden).

16 Outperformance bij beleggen zonder meer risico te moeten lopen.

2.3 *Deelconclusie*

Het woord 'leidraad' heeft bijna een wat vriendelijke, bijna ondersteunde connotatie. De definiëring voorafgaand aan dit woord lijkt de lezer als het ware te hulp te schieten. De AFM en in wat mindere mate de DNB heeft in het recente verleden vele leidraden gepubliceerd die direct betrekking hebben op het adviesproces of zelfs op individuele financiële instrumenten. Daarmee wordt bestaande wet- en regelgeving, die nog open, ongeschreven normen kent, nauwgezet ingevuld met deze leidraden, ook wel alternatieve regelgeving genoemd. Deze documenten hebben geen formele juridische status, zoals die van regelgeving of richtlijn, en zijn bedoeld als *Best Practices*. Hiermee tracht de AFM de financiële sector sturing te geven aan de wijze waarop de adviesdienst volgens haar moet worden ingericht en zo de belangen van de klanten moeten worden gediend. Daarbij wordt het zogenoemde 'comply or explain'-beginsel aangehangen. Een financiële onderneming hoeft de aanbevelingen uit de leidraad niet op te volgen, maar zij zal dan aan de toezichthouders moeten aangeven hoe zij het dienstverleningsproces net zo goed in heeft gericht als aanbevolen in de leidraad.

Uit de documenten blijkt dat de toezichthouders voorzichtig zijn in hun uiting over de juridische werking van de leidraden. Men realiseert zich terdege dat er geen formeel juridische werking uitgaat van de leidraad. Toch heeft de toezichthouder zo nu en dan moeite om haar drang tot afdwingen van de adviezen in de praktijk onder stoelen of banken te schuiven. Uit onderzoeken in de financiële sector vindt de AFM naar haar mening legitiematie om deze 'adviezen' nadrukkelijk onder de aandacht te brengen aan de financiële sector. Deze adviezen worden evenwel steeds fijnmaziger, waarbij de open normen die nog veelvuldig voorkomen in de Wft nauwgezet ingevuld worden. Zodoende wordt er nadrukkelijk naar gewenst gedrag gestuurd.

3 EFFECTMETING BINNEN DE FINANCIËLE SECTOR

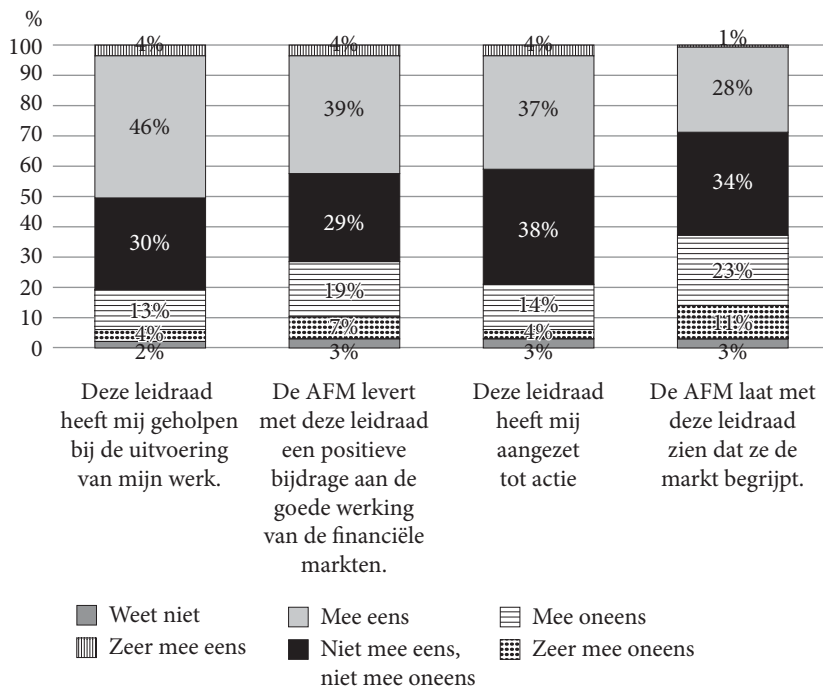
3.1 *Onderzoek onder praktijkbeoefenaren naar effect van de leidraad*

Hoe worden de leidraden door praktijkmensen gelezen? Worden de adviezen uit de leidraden in de praktijk toegepast? Twee onderzoeken, een uitgevoerd door de AFM en een ander door het DSI, geven inzicht in de mening van directieleden van banken en praktijkbeoefenaren over de leidraden.

AFM-onderzoek

Eind 2011 heeft de AFM een onderzoek door TNS Nipo laten uitvoeren in de financiële sector. Een onderdeel van dit onderzoek was na te gaan hoe de leidraden van de AFM worden ervaren en hoe deze in de praktijk worden ingezet. Er namen 301 respondenten deel aan dit onderzoek. Uit dit onderzoek blijkt dat slechts 13% van de financiële dienstverleners geen van de AFM-leidraden leest. Van diegene die stellen de leidraden te lezen, blijkt dat de leidraad 'Informatie over risicoprofielen' (66%) en de leidraad 'Hypotheekadvisering' (71%) het meeste zijn gelezen. Uit ditzelfde onderzoek blijkt dat 58% van de respondenten aangeeft dat de leidraden in hun algemeenheid een positieve bijdrage leveren aan de goede werking van de markt en 49% dat de leidraden aanzetten tot het ondernemen van actie. Vervolgens is in dit onderzoek gezien hoe specifieke leidraden gelezen worden.

De leidraad 'Actief en Passief beleggen in het belang van de klant' wordt door 37% van de banken en kredietverstrekkers gelezen, door 58% van de beleggingsinstellingen en door 84% van de beleggingsondernemingen. Van de financiële tussenpersonen leest 36% deze leidraad. De leidraad 'Communicatie voor pensioenuitvoerders' wordt door 86% van de pensioenfondsen/pensioenuitvoerders gelezen. Verzekeraars lezen deze leidraad beduidend minder vaak (33%). Voorts valt op dat 32% van de banken en kredietverstrekkers de leidraad 'Hypotheekadvisering' leest. Onder financiële tussenpersonen is het bereik van deze leidraad aanzienlijk hoger, namelijk 71%.

Figuur 32.1 Toegevoegde waarde van de leidraden

Bron: Onderzoek TNS Nipo, 2011 i.o.v. de AFM.

Figuur 1 maakt duidelijk dat de respondenten in ruime meerderheid van mening zijn dat de leidraden in de dagelijkse praktijk een toegevoegde waarde heeft. Waarbij de leidraden¹⁷ dus niet worden beschouwd als documenten die ver van de praktijk staan. Sterker: voor velen zette de leidraden zelfs aan tot het ondernemen van actie. Een tweede opmerkelijke constatering is dat de leidraden maar zeer beperkt kritisch worden gezien. Wel zijn de respondenten in wat mindere mate van mening dat de AFM met deze leidraden aantoont dat zij de markt begrijpt. Hier volgen nog enkele opmerkingen van respondenten over de leidraden:

¹⁷ Onduidelijk blijft in het rapport om welke leidraad/draden het hier gaat.

‘De AFM gaat met de leidraden veel te veel op de stoel van de wetgever zitten en haalt daarmee de gedachte van de principle based wetgeving onderuit.’

‘Belang van leidraden aangeven. Ze zijn niet altijd van toepassing, dus niet altijd relevant. Wil niet altijd zeggen dat ze primair slecht zijn overigens.’

‘Leidraden maken is een goede zaak, mits niet te academisch.’

‘De leidraden zijn te verbeteren door een duidelijke lijn te trekken tot datgene wat de AFM gewenst vindt, en wat de AFM daadwerkelijk van de sector “eist”.’

‘Daarnaast kan de totstandkoming van de leidraden verbeteren door de feedback van de sector daadwerkelijk mee te nemen in de uiteindelijke rapportage.’

Voorts blijkt dat de leidraden de Compliance Officers iets beter bereiken. Ofschoon de verschillen met beleggingsprofessionals over het algemeen niet heel groot zijn, blijkt dat met name de leidraad ‘Marktmanipulatie’ door Compliance Officers aanzienlijk beter gelezen worden dan door de totale doelgroep (45% tegen 22%).

Volgens TNS Nipo zouden de leidraden een zeer positieve invloed hebben op stakeholders. Het is het advies van TNS Nipo om het ontwikkelen van deze leidraden ‘onverkort vast te houden en – voor zover mogelijk – er nog extra in te investeren’.

DSI-onderzoek

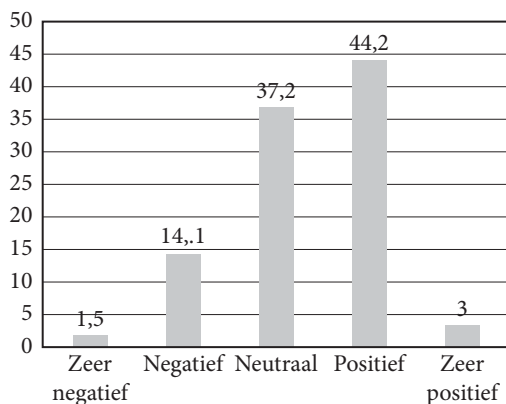
In 2011 is er door het DSI een onderzoek verricht onder de DSI-geregistreerde (senior) beleggingsadviseurs en (senior) vermogensbeheerders.¹⁸ Er hebben 511 respondenten deelgenomen aan deze digitale enquête. Centraal in dit onderzoek stond het thema ‘Klantbelang Centraal’. Een onderdeel van dit onderzoek was het belang van AFM-leidraden bij het thema ‘Klantbelang Centraal’. Twee leidraden werden daarbij getoetst (de leidraad ‘Zorgvuldig adviseren over vermogensopbouw’ van december 2009 en de leidraad ‘Informatie over risicoprofielen’ van december 2010). Beide leidraden zijn geschreven voor de beleggingsdienstverlening en kunnen een (aanzienlijke) invloed hebben op de werkvloer. Deze invloed is vervolgens getoetst.

Ondanks het feit dat er behoorlijke aandacht is besteed aan deze leidraden in de media, in publicaties en op seminars blijkt de leidraad lang niet door alle respondenten te zijn gelezen. Van de respondenten geeft 44,8% aan de leidraad ‘Zorgvuldig adviseren over vermogensopbouw’ te hebben gelezen. De leidraad ‘Informatie over risicoprofielen’ is bekender: 57,5% van de respondenten geeft aan deze gelezen te hebben.

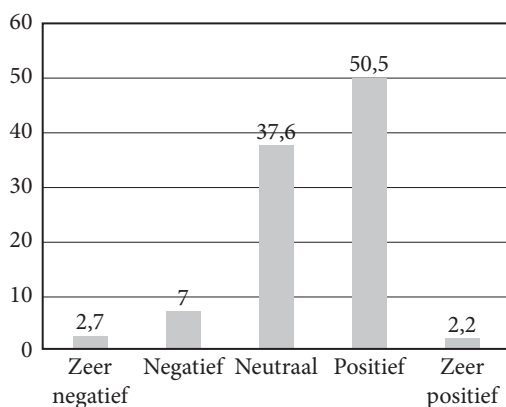
¹⁸ Dit onderzoek is door auteur van deze bijdrage uitgevoerd.

Indien de respondent heeft aangegeven de betreffende leidraad te hebben gelezen, is het interessant na te gaan in hoeverre de inhoud van deze leidraad volgens hem of haar bijdraagt aan het verbeteren van de beleggingsdienstverlening. Met andere woorden: heeft de leidraad toegevoegde waarde in de praktijk? Een ruime meerderheid van de respondenten is neutraal of positief over de leidraad 'Zorgvuldig adviseren over vermogensopbouw' (90,3%). Nagenoeg even positief (84,4%) zijn de respondenten over de leidraad 'Informatie over risicoprofielen'. Hier is een kleine minderheid negatief (15,6%).

Figuur 32.2 Beoordeling AFM-leidraad 'Informatie over risicoprofielen' in %.



Figuur 32.3 Beoordeling AFM-leidraad 'Zorgvuldig adviseren over vermogensopbouw' in %.



3.2 *Oordeel van vier directieleden over de leidraden*

Eind 2012 zijn vier directieleden van drie grootbanken (Rabobank, ABNAMRO, Van Lanschot Bankiers) en één middelgrote bank (Bank Insinger de Beaufort), allen verantwoordelijk voor private banking, geïnterviewd over ‘Klantbelang Centraal’.¹⁹ Tijdens deze interviews is aandacht besteed aan het inzetten van leidraden. Zo bleken alle vier de directeuren van mening dat de veelbesproken AFM-leidraad ‘Klant in beeld’ hun weinig nieuws bood. Dit blijkt eveneens uit de vraag of het implementeren van de aanbevelingen die door de AFM worden gedaan kostbaar is voor de betreffende financiële onderneming. Geen van de directeuren geeft aan dat dit het geval is. Het implementeren van de aanbevelingen in de leidraad zouden volgens hen niet of nauwelijks kostenverhogend werken.

Ofschoon alle vier de directieleden zich realiseren dat de formele juridische status van een leidraad beperkt is, geven zij allemaal aan dat een leidraad in de praktijk minder vrijblijvend is dan de naam doet vermoeden. Aan de toegevoegde waarde van de leidraden wordt klaarblijkelijk getwijfeld door de directieleden. Twee van de vier directeuren zijn van mening dat het zeer twijfelachtig is of de leidraden bijdragen aan het verbeteren van de belangen van de klanten. De andere twee twijfelen hier minder aan en geven aan dat de leidraden bijdragen aan het verbeteren van het klantbelang.

Slechts één directeur is van mening dat de financiële sector zelf met deze leidraden zou moeten komen en ziet dit als een gemiste kans voor de sector. De overige drie directieleden delen deze mening niet en vinden het prima dat de AFM met deze leidraden vanuit de toezichthouder komen en niet de sector.

3.3 *Deelconclusie*

De lezer die zou verwachten dat praktijkbeoefenaren een afkeer zouden hebben van leidraden komt bedrogen uit. De onderzoeken (van zowel AFM en DSI) en ook het interview met vier directieleden van banken maken duidelijk dat de leidraden weliswaar gemengd, maar doorgaans positief ontvangen worden door diegene voor wie de leidraden voor bedoeld zijn: de praktijkbeoefenaren en beleidsmakers in de financiële sector. De praktijk leert dat met name kleinere financiële partijen, zoals tussenpersonen, positief staan tegenover leidraden. Het zou duidelijkheid geven.

¹⁹ Deze interviews zijn door auteur afgenomen.

4 DE BURGERLIJKE RECHTER EN LEIDRADEN

Nu vastgesteld is dat de leidraden redelijk positief ontvangen worden door praktijkbeoefenaren, lijkt de toezichthouder geslaagd te zijn in zijn opzet de leidraden geïmplementeerd en geaccepteerd te krijgen. Dit zonder een formeel wetgevingstraject. Publiekrechtelijk hebben de leidraden dus informeel hun uitwerking. Juridisch laten de leidraden zich ook niet geheel onbetuigd. Het zogenoemde Leidraad-arrest²⁰ leert dat:

‘voorschriften niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het bestuursorgaan wel binden op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur’.

Hierover stelt Teuben:

‘Gelet op de steeds gewichtiger rol die beleidsregels zijn gaan spelen bij het bepalen van de verhouding tussen overheid en burger en gezien de daarmee samenhangende behoefte aan eenvormige interpretatie van en zekerheid omtrent inhoud en strekking van die regels, is het volgens de Hoge Raad wenselijk dat zijn taak – die immers mede het bewaken van de rechtseenheid omvat – zich uitstrekt tot de controle op de uitleg van beleidsregels door de lagere rechter.’²¹

Uit het Leidraad-arrest blijkt dat de rechterlijke macht niet is gebonden aan beleidsregels of leidraden. Ondanks het ontbreken van deze formeel-juridische status is waarneembaar dat de rechterlijke macht (in het bijzonder de Hoge Raad²²) de leidraden onderdeel maken van haar vonnissen. Zo blijkt in de juridische praktijk dat leidraden als ijkpunt gebruikt worden, waarbij de informatie uit de leidraad als onomstotelijke waarheid lijkt te worden aangenomen. Hierna volgt een korte bloemlezing van de jurisprudentie waarbij het al dan niet gebruiken van een leidraad een rol van betekenis speelde.

In een juridische procedure²³ die werd gevoerd over een tragisch ongeval waarbij er sprake was van verdrinkingsdood, voerden de nabestaanden aan dat de te hulschietende brandweer op diverse onderdelen was tekortgeschoten in de hulpverlening. De Rechtbank

20 Zie HR 28 maart 1990 (derde kamer), NJ 1991, 118 m.nt. MS inzake de Leidraad administratieve boeten 1984; HR 19 juni 1990 (strafkamer), NJ 1991, 119 m.nt. ThWvV en MS inzake een richtlijn van het OM, en HR 29 juni 1990.

21 Teuben 2004, p. 58.

22 Zie Giesen 2008, p. 790 die constateert dat de Hoge Raad ‘ruimhartig gebruik is gaan maken van alternatieve regelgeving’.

23 Rb. Zwolle 17 september 2008, LJN: BF0802 (*Regionale Brandweer Flevoland*).

Zwolle oordeelt op 17 september 2008 over de inzet van de brandweer, en in het bijzonder over het naleven van leidraad ‘Bestrijding waterongevallen door de brandweer’ het volgende:

‘Naar het oordeel van de rechtbank verwijten [eiseres sub 1] c.s. de brandweer ten onrechte dat de duikers bij die zwemactie aangeliend bleven. In de in r.o. 2.7. bedoelde Leidraad is immers uit oogpunt van veiligheid vastgelegd dat duikers tijdens een duikinzet aangeliend dienen te zijn. Dat de Leidraad niets inhoudt over het al dan niet aangeliend zijn van duikers tijdens een zwemactie, maakt dan niet dat de brandweer een verwijt treft van een aangeliend houden van haar duikers, ook al heeft dat hen tijdens hun zwemactie gehinderd.’

Verder stelt de rechtbank in haar uitspraak:

‘Dat de brandweerboot slechts met vertraging inzetbaar is gebleken en dat ten onrechte van de geldende Leidraad omtrent reddingsacties is afgeweken, behoort immers volledig voor rekening van de brandweer te komen.’

De rechtbank is aldus van mening dat een leidraad nageleefd mag worden, maar dat er geen verplichting hiertoe is. Ook volgt uit deze uitspraak de conclusie dat het wel volgen van een leidraad niet per se kan leiden tot een beperking van de aansprakelijkheid.

In een medische zaak²⁴ waarbij twee deskundigen een rapport hadden uitgebracht over de vraag naar het causaal verband tussen het onzorgvuldige handelen van de huisartsenpost door niet tijdig de ambulance te waarschuwen en de huidige conditie van eiser, deed de Rechtbank Arnhem op 10 maart 2010 uitspraak. De rechtbank oordeelt:

‘Het rapport voldoet daarmee niet aan de professionele standaard zoals geëxpliciteerd in het model-deskundigenbericht behorende bij de “Leidraad deskundigen in civiele zaken” en aan de KNMG-richtlijn Medisch Specialistische Rapportage, zodat het rapport wegens zwaarwegende bezwaren niet overgenomen kan worden door de rechtbank, aldus [eiser].’²⁵

Met deze stellingname probeert de eiser de kwaliteit van het deskundigenbericht ter discussie te stellen. De leidraad ‘Deskundigen in civiele zaken’ wordt hierbij als wapen (lees: norm) ingezet. De rechter volgt de eiser hierin niet en verwijst naar de wettelijke vereisten aan een deskundigenbericht. Zij oordeelt:

²⁴ Rb. Arnhem 10 maart 2010, LJN: BL8529 (*Huisartsenpost De Gelderse Vallei*).

²⁵ Zie over rechtersregelingen ook Teuben 2004.

‘[Eiser] wordt daarin niet gevolgd. Het deskundigenbericht dient te voldoen aan de in titel 2, boek 1 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering neergelegde bepalingen. Artikel 198 lid 4 Rv bepaalt dat het schriftelijke bericht met redenen omkleed is en door de deskundige is ondertekend. Ingevolge lid 2 moet verder uit het bericht blijken of partijen in de gelegenheid zijn gesteld opmerkingen te maken en verzoeken te doen en wordt daarvan in het rapport melding gemaakt. Aan deze vereisten voldoet het rapport.’

Met deze uitspraak grijpt de rechter terug naar wettelijke eisen en benoemt de eisen van de leidraad verder niet.

Een in dit verband belangwekkend arrest van de Hoge Raad van 2001²⁶ heeft betrekking op een patiënt die na een knieoperatie last kreeg van trombose. Op grond van een protocol binnen het ziekenhuis had deze patiënt een antistollingsmiddel moeten krijgen. Dit was niet gebeurd. De Hoge Raad oordeelt dat het interne protocol intern bindend was voor de betrokken medici. Daarbij is het uitgangspunt dat voorschriften die men zelf opgesteld heeft, en waarover onderlinge consensus heerst, men in acht dient te nemen. De Hoge Raad oordeelt:

‘(...) Het hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden te oordelen dat het niet naleven van het protocol als een toerekenbare tekortkoming heeft te gelden. Het oordeel dat het onderhavige protocol berust op consensus tussen de Stichting M. en de aan de Stichting M. verbonden artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, is in cassatie niet bestreden. Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan “vergeten” en dus van een beargumenteerde afwijking van voormeld voorschrift geen sprake was, behoeft het Hof niet in te gaan op de stelling van Stichting M. c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.’

26 HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 m.nt. Van Wijmen en JBMV (MC Leeuwarden/In 't Hout).

In een uitspraak²⁷ van Rechtbank Leeuwarden oordeelt de rechter over de procedure van een aanbestedingsproces. Ook hier wordt een leidraad door de rechter meegewogen.

‘De rechter is met Witteveen+Bos B.V. van oordeel dat een aanbieding met een puntentotaal van 3,69 moet worden gekwalificeerd als een economisch voordeliger aanbieding dan een aanbieding die op basis van de beoordelingsmatrix een puntentotaal van 3,59 heeft behaald. De door de provincie gehanteerde beslisregel dat gegadigden voor wie het puntentotaal niet meer dan 3% verschilt als gelijkeindigend worden beschouwd, is naar het oordeel van de rechter dan ook in strijd met – de strekking van – de EG-richtlijn, alsmede met het in de gunningsleidraad neergelegde gunningscriterium dat degene die het best voldoet aan de betreffende beoordelingscriteria voor de werkzaamheden zal worden geselecteerd.’

Duidelijk is dat het volgen van de gunningsleidraad secundair wel degelijk een rol van betekenis speelde.

De Belastingdienst klaagt in 2010 een belastingplichtige aan voor het aanhouden van zwart geld. De Rechtbank Breda doet op 19 juli 2010 uitspraak in deze zaak.²⁸ Zij verwijst naar de Leidraad administratieve boetes 1984,²⁹ waarbij deze als norm wordt genomen in het vaststellen van de door de rechter acceptabel geachte boete. In haar vonnis stelt de rechtbank:

‘De inspecteur heeft de navorderingsaanslag verhoogd met 100% van de enkelvoudige belasting, met toepassing van artikel 18 van de AWR (oud) juncto hoofdstuk IV van de Leidraad administratieve boetes 1984 (hierna: de Leidraad 1984), onder gelijktijdige beslissing dat geen kwijtschelding zal worden verleend. De rechtbank acht aannemelijk dat belanghebbende willens en weten en met het vooropgezette doel van belastingontduiking bankrekeningen in het buitenland heeft aangehouden en/of op andere wijze aanzienlijke bedragen aan vermogen buiten Nederland heeft belegd en dat vele jaren voor de inspecteur heeft verzwegen. Het is dan aan opzet van belanghebbende te wijten dat voor het jaar 1996 de aanslag vermogensbelasting tot een te laag bedrag is vastgesteld. (...) De rechtbank stelt voorop dat het willens en weten ontduiken van belasting door een behoorlijk vermogen in het buitenland op een bankrekening of anderszins aan te houden

27 Rb. Leeuwarden 22 april 2004, LJN: AT2756 (Witteveen+Bos Raadgevende ingenieurs B.V./de provincie Fryslân).

28 Rb. Breda 19 juli 2010, LJN: BN2906 (de Inspecteur van de Belastingdienst/Oost-Brabant, kantoor 's-Hertogenbosch).

29 Daarbij zij opgemerkt dat deze leidraden in het belastingrecht veelal het karakter van een beleidsregel hebben.

en zowel dat vermogen als de inkomsten daarvan te verzwijgen, een dermate ernstige gedraging vormt dat een strafverzwaring van de boete tot 100% van de ontdoken belasting vanwege ernstige en omvangrijke fraude, zoals bedoeld in paragraaf 21, derde lid, van het Voorschrift administratieve boeten 1993 en paragraaf 15, derde lid, van de Leidraad 1984 in beginsel gerechtvaardigd is.'

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van december 2011³⁰ lijkt de rechter de AFM-leidraad 'Informatie over risicoprofielen' onjuist geïnterpreteerd te hebben. In deze zaak wordt Wealth Management Partners beschuldigd van het te eenzijdig en risicovol beleggen van pensioenvermogen in zogenoemde hedgefondsen. De rechter zoekt een risicoclassificatie van deze hedgefondsen ten opzichte van andere beleggingsinstrumenten en neemt de leidraad ter hand. Vervolgens stelt de rechter het volgende:

'De rechtbank stelt daarbij voorop dat hedge funds (sic) vrij algemeen gelden als een risicovolle belegging (...) Door de beperkte transparantie is veelal onduidelijk waarin het fonds uiteindelijk belegt. (vergelijk bijvoorbeeld de AFM Leidraad, pagina 33 en de daarin opgenomen top 17 van in risicograad oplopende beleggingscategorieën).'

Met deze laatste constatering begaat de rechter een omissie. De bijlage van de AFM-leidraad leert dat er inderdaad een aantal beleggingscategorieën worden opgesomd, maar dat deze niet in volgorde van risicograad oplopen. De risicograad staat vermeld achter de categorie en is uitgedrukt in een standaarddeviatie. Dit heeft de rechter zeer waarschijnlijk onjuist geïnterpreteerd. Dit is een voorbeeld van een onjuiste inzet van de leidraden in jurisprudentie, waarbij informatie uit leidraden niet 'richtgevend' kan zijn, maar maatgevend ondanks de onjuiste interpretatie.

Recente uitspraken die betrekking hebben op de financiële sector lijken toenemend (mede) te leunen op leidraden. Of in zijn algemeenheid gesteld kan worden dat dé rechterlijke macht meer waarde is gaan hechten aan de 'vrijblijvende' leidraden is de vraag.³¹ Zo is er een uitspraak³² van de Rechtbank Utrecht van 15 augustus 2012. In deze zaak doet de rechter uitspraak over het al dan niet correct toepassen en dus naleven van de Wwft en de SW. De rechter oordeelt:

30 Rb. Amsterdam 21 december 2011, LJN: BV0422 (*Wealth Management Partners*).

31 Zie ook Giesen 2008, 790.

32 Rb. Utrecht 15 augustus 2012, LJN: BX5423 (*Commercial Company Arman General Trading FZE/Rabobank Utrecht*).

‘Daarbij komt gewicht toe aan de “Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) en Sanctiewet (SW)”, van de Minister van Financiën van februari 2011 en de “DNB leidraad WWFT en SW” van DNB van april 2011, waarin de Minister van Financiën en DNB wederzijds (en in aanvulling op elkaar) voorschriften geven over de toepassing van onder meer de bepalingen van de Verordening. In beide leidraden is bepaald dat een bevroren tegoed bevroren blijft totdat DNB/AFM het tegoed vrijgeeft.’

Vervolgens kwalificeert de rechtbank de leidraad als ‘beleid’ en stelt:

‘Dat de beide leidraden dateren van (kort) na november 2010 maakt dat niet anders, nu er van moet worden uitgegaan dat die leidraden het beleid weergeven zoals dat ook ten tijde van de onderhavige feiten gold.’

Dat de rechterlijke macht de komst van leidraden in beginsel toejuicht, is te begrijpen. Men krijgt een normerend kader op onderwerpen waarbij de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW), het goed opdrachtnemerschap (art. 7:401 BW) en de zorgvuldigheidsnorm (art. 6:162 BW), veelal subjectief door de rechter getoetst moesten worden aan de omstandigheden van het geval. Deze finale toetsing van de open ongeschreven norm wordt aldus uiteindelijk door zowel door de bestuurs- als burgerlijke rechter verricht. Doordat rechters de leidraden in toenemende mate als norm gebruiken in hun jurisprudentie, krijgt de inhoud van de leidraad alsnog een belangrijke positie in de financiële sector. Als het ware via een sluiproute wordt een document dat verpakt is als een ‘goed bedoeld advies’ alsnog een geaccepteerde norm. Zonder parlementaire geschiedenis. Daarmee krijgt het publiekrechtelijk de status van norm waartegen de toezichthouder het uitvoeren van een dienst toetst. Tevens wordt het een toetssteen welke civielrechtelijk ingezet wordt door de rechterlijke macht. Zo wordt gewenst gedrag officieus door de toezichthouder afgedwongen; mocht het tot een civielrechtelijk dispuut komen tussen consument en financiële instelling, dan kan dezelfde leidraad als toetssteen worden gebruikt. Geconcludeerd kan worden dat zodoende de invloed van de leidraden en de inbedding in de adviespraktijk goed geborgd is.

5 DE ZELFWERKZAAMHEID VANUIT DE SECTOR

Er wordt vanuit de financiële sector veel geklaagd over de regeldruk vanuit de overheid en de bemoeizucht van de toezichthouder.³³ Gezien de hoeveelheid (nieuwe) regelgeving,

³³ Zie Bleker-van Eyk & Houben 2010, p. 23.

maar ook de leidraden, lijkt dit een begrijpelijke reactie. Toch is de zelfwerkzaamheid vanuit de sector ten aanzien van zelfregulering beperkt. Dat de toezichthouder de open ongeschreven normen die de Wft biedt, nauwgezet invult, wordt slechts door een minderheid van de praktijkbeoefenaren afgewezen.³⁴ Bij professionele beroepsgroepen is dit doorgaans ongebruikelijk (denk aan registeraccountants en medici). Immers, de professionele beroepsgroep vaardigt zelf leidraden uit en maakt deze tuchtrechtelijk verbindend. Echter, het aantal leidraden dat de financiële sector heeft opgesteld, is op één hand te tellen.³⁵ Een voorbeeld is de 'handreiking risicomanagement' van DUFAS (Dutch Fund and Asset Management Association). De AFM startte in 2010 met een leidraad 'Risicomanagement bij beleggingsinstellingen'. Deze leidraad werd door de AFM ter consultatie gepubliceerd. Vervolgens heeft DUFAS aangegeven bereid te zijn een eigen leidraad (of handreiking) te vervaardigen. Met de AFM is afgesproken dat haar leidraad niet zou worden gepubliceerd, maar dat DUFAS haar werk zou publiceren. Dit is een van de weinige voorbeelden van thema's waarbij de financiële sector met een eigen leidraad is gekomen. Let wel, pas nadat de AFM aangekondigd heeft dat er een leidraad zou worden gepubliceerd, is DUFAS met een eigen leidraad gekomen.

De reden dat de sector weinig zelfwerkzaam is op dit terrein kan veelledig zijn.³⁶ Zo is de diversiteit binnen de financiële sector zeer groot. Er zijn diverse splintergroeperingen en belangenverenigingen die lang niet altijd dezelfde visie delen. Eén leidraad blijkt in de praktijk dan ook lastig haalbaar. Een andere reden is dat de sector vaak de problemen die de toezichthouder waarneemt niet of beperkt deelt. Tot slot kan er sprake zijn van een (automatische) weerstand tegen alle nieuwe initiatieven die een toezichthouder ontplooit. Dit bijvoorbeeld, omdat de stakeholder van mening is dat hem te veel bewegingsruimte wordt ontnomen (zie ook Baarsma et al., 2004). Maar ook de omstandigheden voor de toezichthouders om met leidraden te komen zijn goed. Zo heeft de kredietcrisis een katalyserende functie gehad voor initiatieven door de financiële toezichthouders. Alle maatregelen die genomen worden, krijgen instemmend applaus van de overheid en de publieke opinie. Niet vreemd als men bedenkt dat de zelfreinigende werking vanuit de financiële sector beperkt is gebleken. Toch is de ruimte die de toezichthouders nu nemen alleszins ruim te noemen.

34 Zie de reactie van Inge van den Doel, de directeur van de Vereniging voor BeleggingsAnalisten (VBA), die zich tijdens een congres over de leidraden afvroeg waarom de financiële sector niet door de AFM was benaderd om met zelfregulering te komen (Fondsnieuws, 1 maart 2012).

35 Eufemistisch gesteld zijn de mogelijkheden voor zelfregulering in de praktijk hoogstwaarschijnlijk nog niet volledig benut. Zie ook Baarsma 2004, 101.

36 Zie ook Van Boom et al. 2009. Hier wordt eveneens gesteld: 'Een consequentie van de grijze zone tussen publieke en zelfregulering is dat zelfregulering soms tot stand komt of minstens verfijnd wordt onder druk van wetgeving of dat dreiging van wetgeving tot aanscherping van de zelfregulering leidt.'

Zonder de noodzakelijke politieke stappen te nemen in onze democratische rechtsstaat om wetgeving ingevoerd te krijgen, zorgen de toezichthouders er met de leidraden voor dat thema's bij de financiële instellingen toch hoog op de agenda komen te staan. Door in deze leidraden zeer nauwgezet en gedetailleerd te werk te gaan wordt bewerkstelligd, in tegenstelling tot vaak meer generiek gedefinieerde wetgeving, dat de processen in de financiële dienstverlening, waarbij met name cliëntenbelangen gediend worden, actief gestuurd worden.

Het doel dat de toezichthouders voor ogen hebben, is ontegenzeggelijk een goed functionerende financiële sector, waarbij de belangen van de cliënt centraal staan. Dit om nodeloze schade te voorkomen. Leidraden kunnen een uitstekende informerende werking hebben op bestaande wet- en regelgeving. Denk hierbij aan de leidraad Wwft of de leidraad Marktmisbruik. Echter, het klantbelang kan op meerdere wijze gediend worden. De leidraden worden nu in toenemende mate ingezet ter kleuring van het financiële adviesproces. De toezichthouders zijn hiermee in een gat gesprongen. De financiële sector, sterk verdeeld met diverse belangenorganisaties, bleek niet of beperkt in staat om zelfregulerende maatregelen te treffen om het adviesproces te verbeteren. In een tijd waarin een sector niet eensgezind is, kan een AFM niet anders dan heersen. Bedoeld of onbedoeld kan een verdeelen-heerstactiek toegepast worden. Dat de toezichthouder deze lacune inkleurt, heeft de financiële sector grotendeels aan zichzelf te danken. Toch kent deze proactieve houding van de toezichthouder ook een aantal nadelen die niet onderschat mag worden. Deze nadelen zijn mogelijk niet of minder van toepassing op zelfregulering, maar in het geval waarbij de toezichthouder zijn adviezen afdwingt, kan een aantal bijzondere nadelen optreden. Zo blijft de financiële sector 'lui' door de proactieve houding van de toezichthouder en kan men als het ware gedwee afwachten tot er een nieuwe 'verordening' van de toezichthouder komt. De toezichthouder dicteert immers dé norm waar ook de rechterlijke macht geregeld langs toetst. Loopt men exact langs dit lijntje, dan is men compliant. Het is de vraag of het volgen van leidraden zal leiden tot innovatie in de financiële sector.³⁷ Lijdelijkheid valt de sector ten deel. Deze lijdelijkheid is eveneens een resultante van de weinig kritische houding vanuit de financiële sector naar de toezichthouder toe. Men wil niet graag te boek staan als het recalcitrante jongetje uit de klas, dus zal men niet snel openbaar de oppositie zoeken tegenover de toezichthouder. Tot slot, een belangrijk nadeel is dat de toezichthouder zich met deze openbare adviezen kwetsbaar opstelt. Door haar adviezen geeft zij invulling aan open normen. Normen die bewust open gehouden zijn

37 Zie in dit verband Moser (2005) die onderzoek deed in hoeverre nieuwe patentwetgeving van invloed is op innovatie. Uit dit onderzoek blijkt dat toenemende (nieuwe) patentwetgeving niet zozeer invloed heeft op de hoeveelheid innovaties, maar meer van invloed is op de richting waarin innovaties worden gedaan.

binnen de financiële sector. Terwijl een toezichthouder er is om toezicht te houden en bij voorkeur onbevooroordeeld ...

6 SLOTOPMERKING

Daar waar het falen van zelfregulering heeft geleid tot toenemende wet- en regelgeving hebben de leidraden een duidelijk sturende rol in de praktijk. Nu zal elke weldenkende lezer de mening delen dat er praktijken voorkwamen in de financiële sector die, op zijn zachtst gezegd, ongewenst waren. Verandering was en is nodig. Dat de DNB en vooral de AFM als gedragstoezichthouders hier een prominente rol voor zichzelf in hebben opgeëist, is begrijpelijk. Een relatief nieuw, maar zeer effectief middel is de leidraad. Niet vertraagd door parlementaire processen kunnen deze ‘adviezen’ eenvoudig en snel gepubliceerd worden. Vanzelfsprekend is niet iedereen in de financiële sector gelukkig met deze adviezen. Publiekrechtelijk lijken deze leidraden makke schapen. Vanuit publiekrechtelijk oogpunt lijkt het al verstandig deze leidraden te volgen, vanuit civielrechtelijk oogpunt moeten deze leidraden al helemaal niet veronachtzaamd worden. Hier blijkt dit makke lammetje in potentie een ware wolf in schaapskleren. De rechterlijke macht die belast is met het toetsen van het nakomen van de overeenkomst en de wijze waarop dit gedaan is naar de omstandigheden (waaronder het invullen van de open normen in de Wft) gebruikt in toenemende mate deze leidraden om de open norm ‘goed opdrachtnemerschap’ in te vullen. Het Leidraad-arrest van de Hoge Raad is hier een belangrijk bewijs van. Iets waar zowel (bank)juristen, als advocaten en bankadviseurs zich rekenschap van moeten geven in hun advies- en procesgedrag.

LITERATUUR

AFM 2007

Leidraad AFM, ‘Misleiding’, mei 2007.

AFM 2009

Leidraad AFM, ‘Zorgvuldig adviseren over vermogensopbouw’, december 2009.

AFM 2010a

Leidraad AFM, ‘Tweede pijler pensioenadvisering’, augustus 2010.

AFM 2010b

Leidraad AFM, ‘Hypotheekadvisering’, 2010.

AFM 2010c

Leidraad AFM, 'Informatie over risicoprofielen', november 2010.

AFM 2011a

Leidraad AFM, 'Actief en passief beleggen in het belang van de klant', oktober 2011.

AFM 2011c

Leidraad AFM, 'Klant in beeld: aanbevelingen voor zorgvuldig beleggingsadvies en vermogensbeheer', november 2011.

AFM 2011d

Leidraad AFM, 'Communicatie voor Pensioenuitvoerders', maart 2011.

Baars et al. 2004

B. Baars, C. Koopmans, J. Mulder et. al, 'Goed(koop) geregeld: Een kosten-baten analyse van wetgeving en zelfregulering', *SEO* maart 2004.

Bleker-van Eyk & Houben 2010

S. Bleker-van Eyk & R. Houben, 'Kosten van compliance, beter beheersbaar houden', februari 2010.

Boetebesluit 2011

Boetebesluit AFM tegen Friesland Bank, 21 juli 2011.

Van Boom et al. 2009

W.H. van Boom, M. Faure & N. Huls, *Handelspraktijk, reclame en zelfregulering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

DNB 2009

DNB, 'Principes voor beheerst beloningsbeleid', mei 2009.

DNB 2011b

Leidraad DNB, 'Wwft en SW', april 2011.

Giesen 2007

I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007*, Deventer: Kluwer 2007.

Giesen 2008

I. Giesen, 'De omgang met en handhaving van "meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels": een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 6772 (2008), p. 785-792.

Luke 2010

A.S. Luke, 'The Impact of Regulation on Innovation in the United States: A Cross-Industry Literature Review', June 2010.

Maas 2000

J.G.V. Maas, *Professionaliteit, Management van professie en professionele organisaties*, Deventer: Kluwer/INK 2000.

Moser 2005

P. Moser, 'How Do Patent Laws Influence Innovation? Evidence From Nineteenth-Century World's Fair', 95 *American Economic Review* 4, 1214-1236.

Teuben 2005

K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), 2005.

33 OVER ZIEN EN TOEZIEN

De veronderstellingen achter het intern toezicht op semipublieke dienstverleners

R.J.J. Eshuis en F.L. Leeuw

SAMENVATTING

Deze bijdrage heeft het interne toezicht op semipublieke organisaties, door de Raden van Toezicht, tot onderwerp. De vormgeving van dit interne toezicht is gebaseerd op dat van de Raden van Commissarissen bij structuurvennootschappen. Een reeks van affaires – zoals bij het Maasstadziekenhuis, Amarantis en Vestia – roept de vraag op of het model van intern toezicht in de context van semipublieke organisaties wel werkt. Via een confrontatie met de praktijk (gegevens uit empirisch onderzoek, casuïstiek) en analyse (met regelkringen en arbeidsmarkt als referentie) wordt een aantal assumpties achter het toezichtsarrangement onder de loep genomen.

Semipublieke organisaties dienen andere doelen dan commerciële organisaties; dat vertaalt zich in andere criteria (en informatiebehoefte) om het functioneren van die organisaties te kunnen beoordelen. Raden van Toezicht hebben vaak maar beperkt zicht op het doelbereik van de organisatie en geringe mogelijkheden tot onafhankelijke informatievergaring. Ook hanteert de samenleving andere normen wanneer het de besteding van publiek geld betreft. De ‘markt’ van toezicht op semipublieke organisaties is snel gegroeid, en omvat inmiddels zo’n 15.000 toezichtsfuncties. Een écht rationeel debat over wat er van de personen die deze functies vervullen mag worden gevraagd, en welke beloning daar tegenover moet staan, ontbreekt. Waar het model uitgaat van alerte, kritische en toegewijde toezichthouders is de functie voor toezichthouders zelf vaak nog een kwestie van ‘liefdewerk/oud papier’.

1 INLEIDING EN VRAAGSTELLING

In deze inleidende paragraaf beschrijven we het probleem van falende semipublieke dienstverlening aan de hand van recente casuïstiek. In de tweede paragraaf wordt het formele kader geschetst dat de basis vormt voor het interne toezicht op semipublieke organisaties. Paragraaf 3 behandelt de assumpties over gedrag van (interne) toezichthouders, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen assumpties over (gedrag van) individuele toezichthouders en assumpties over het gedrag binnen de groep. In paragraaf 4 wordt een functionele analyse verricht, waarbij het interne toezicht wordt opgevat als een regelkring.

Dit type analyse toont in hoeverre de voor de toezichtsfunctie benodigde informatievoorziening op orde is en of toezichthouders over adequate middelen beschikken om in te grijpen wanneer dat nodig zou zijn. In paragraaf 5 bezien wij het interne toezicht als een arbeidsmarkt. Daar staat de vraag centraal of ‘vraag’ en ‘aanbod’ op de markt van toezichtsfuncties voldoende op elkaar aansluiten. Beide invalshoeken wijzen op tekortkomingen in het model van intern toezicht. De bijdrage wordt afgesloten met conclusies, in paragraaf 6.

1.1 De verzelfstandiging van publieke dienstverlening en de introductie van intern toezicht

In de jaren tachtig van de vorige eeuw gold het stimuleren van ‘marktwerking’ als dé manier om de prestaties van publieke dienstverleners te verbeteren. Met de centrale overheid ‘op afstand’. Door publieke dienstverleners meer als onderneming te laten functioneren zouden klanten beter worden bediend en meer waar voor (publiek) geld worden geleverd. Daarbij werd ook betoogd dat als ‘de’ politiek zich niet met de uitvoering zou bemoeien en het adagium ‘let managers manage’ in het vaandel zou dragen, de doelmatigheid en doeltreffendheid van de taakuitvoering aanzienlijk zou verbeteren.

Een deel van de toezichtstaken zou dan op het bordje komen van de interne toezichthouders bij deze organisaties.¹ Deze organen – meestal: ‘Raden van Toezicht’ – zijn, qua inrichting, geënt op de raden van commissarissen bij commerciële ondernemingen. Geheel in lijn met de filosofie van een minder bemoeizuchtige overheid werd de verdere vormgeving van dit interne toezicht niet wettelijk opgelegd. Elke organisatie stelt daarvoor in principe zelf de regels op,² zodat de taken en reikwijdte van het interne toezicht van geval tot geval variëren. Inmiddels hebben semipublieke dienstverleners zelf initiatief genomen om, via binnen de branches ontwikkelde codes, de vormgeving en uitvoering van het interne toezicht te stroomlijnen en preciezer te normeren. Door subsidiëring van overheidswege afhankelijk te maken van deelname aan dergelijke codes, wordt deelname aan die codes gestimuleerd.³

1 Minderman (2012) ziet een goed functionerende Raad van Toezicht als voorwaarde voor een zich terugtrekkende overheid.

2 Goodijk (2012) stelt dat de regels die deze organisaties opstellen juridisch niet altijd kloppen, bijvoorbeeld doordat termen als ‘directie’, ‘bestuur’, ‘toezichthouders’ niet goed worden onderscheiden.

3 Bij woningcorporaties is evenwel gebleken dat een dergelijke aanpak weinig garanties biedt; de grootste corporatie, Vestia, hield zich afzijdig van de rest van de branche, was geen lid van de branchevereniging en participeerde niet in de branchecode.

1.2 *De schaduwkanten van de toegenomen marktwerking*

Inmiddels is duidelijk dat de marktwerking in de publieke dienstverlening ook schaduwkanten heeft. De Eerste Kamer maakte in 2012 de privatisering van publieke dienstverlening onderwerp van een parlementair onderzoek.⁴ Er lijkt ook sprake van een kentering in de opstelling van de centrale overheid ten opzichte van semipublieke dienstverleners.⁵

Met grote regelmaat komen falende semipublieke dienstverleners in het nieuws. De casuïstiek van falend bestuur omvat een fors aantal woningcorporaties (Rochdale, Woonbron, PWS, St. Servatius, Laurentius, SWZ, SGBB, Vestia), zorginstellingen (Hestia, IJsselmeerziekenhuizen, Maastadziekenhuis, Zonnehuizen, Philadelphia), onderwijsinstellingen (Amarantis, In Holland, Stenden Hogeschool) en andersoortige organisaties (bijvoorbeeld COA, pensioenfondsen, GVB Amsterdam).

In box 1 wordt een korte typering gegeven van de aard van de problemen waarmee dit soort organisaties veelal in het nieuws komt. Falend toezicht op de semipublieke dienstverlening is het meest nadrukkelijk aanwezig in de gevallen waarin grootschalig is gefraudeerd en er miljoenen zijn verduisterd. Opmerkelijk, gezien de context waarin de semipublieke dienstverleners ontstonden, is dat zich nog steeds problemen voordoen met dienstverlening van een sterk tekortschietende kwaliteit.

Box 1 De aard van problemen bij ‘falende’ semipublieke organisaties

Prestigeprojecten

Semipublieke organisaties komen regelmatig in de problemen door hun rol in dure en riskante prestigeprojecten. De ombouw van een cruiseschip door corporatie Woonbron, het Campusproject in Maastricht (corporatie St. Servatius) en het Interactieve zorgproject van Meavita zijn sprekende voorbeelden. Woningcorporaties worden wel door lokaal bestuur en/of de politiek gevraagd te participeren in projecten die het aanzien van de gemeente moeten doen toenemen.

-
- 4 De onderzoekscommissie concludeert in haar deelrapport van 30 oktober 2012 dat in de besluitvorming rond privatisering en verzelfstandiging vele motieven zijn genoemd, maar dat de discussie meer ging over de vraag ‘hoe?’ dan over de vraag of privatiseren zinvol zou zijn (Kamerstukken I 2012/13, C, C). De beperkte onderbouwing van privatiseringsoperaties werd overigens ook in de jaren tachtig en negentig al gesignaleerd, maar ‘believers’ van deze operaties hadden duidelijk méér de wind in de rug dan zij die passen op de plaats wilden maken. Zie bijvoorbeeld een van de oraties van In ’t Veld (1995) en de bespreking daarvan door een onzer (Leeuw 1996); daaruit spreekt enerzijds de geringe empirische onderbouwing van het streven tot hybride organisaties te komen alsook de behoefte aan gedegen onderzoek, maar anderzijds ook de neiging het wel aanwezige kritische onderzoek ter zijde te schuiven (hetgeen Leeuw In ’t Veld verwijt).
- 5 Minderman (2012) wijst op het vaker aanstellen van overheidstoezichthouders en het introduceren van aanwijzingsbevoegdheden. Hij duidt dit als een herinvulling van de ministeriële verantwoordelijkheid.

In het onderwijs zijn nieuwe gebouwen een populaire methode om de uitstraling te verbeteren.

Speculeren, derivatenhandel

Veel semipublieke organisaties beschikken over eigen vermogen, soms forse bedragen. Daar wordt wel mee gespeculeerd. Dat betekent dat er ook een risico op verlies bestaat. Woningcorporaties hebben lange tijd goed verdiend met grondspeculatie, maar moesten daar in de afgelopen jaren fors op afschrijven. Recent zijn er de problemen met de derivatenhandel bij gekomen, met zeer omvangrijke financiële consequenties voor corporatie Vestia.⁶

Dedain voor kwaliteit

Waar publiek geld wordt uitgegeven, verwacht het publiek ook goede dienstverlening. Semipublieke dienstverleners blijken – ondanks ‘marktwerking’ – niet altijd in staat de minimaal vereiste kwaliteit te leveren. Bij het IJsselmeerziekenhuis en het Maasstadziekenhuis werden onderdelen stilgelegd wegens ernstig gevaar voor patiënten (niet steriele operatiekamers, bacteriële besmetting). Er zijn verschillende gevallen bekend van aan ziekenhuizen verbonden medisch specialisten die fout op fout stapelden, maar desondanks actief konden blijven.⁷ In het onderwijs is sprake van opleidingen die kwalitatief onder de maat zijn (o.a. In Holland).

Bling bling

Uitbundige luxe, hoge salarissen en publieke dienstverlening gaan slecht samen. Een voorbeeld van de commotie die kan ontstaan, is de affaire over de inrichting van het UWV-kantoor (2004). De affaire bij de Amsterdamse woningcorporatie Rochedale kwam aan het rollen door de aandacht die de bestuurder trok met zijn Maserati.

6 In het publieke debat wordt het speculeren met eigen vermogen door (semi)publieke organisaties niet per definitie afgewezen, maar ontstaat wel rumoer als het misgaat. Veel afwijzender wordt in de regel gereageerd op belastingconstructies. Ook hier imiteren publieke dienstverleners commerciële bedrijven door gebruik van internationale constructies om belastingafdracht te beperken. De Hogeschool In Holland gebruikte volgens De Telegraaf een Antillenroute (De Telegraaf, 18 november 2010), zorgverlener Meavita werd verweten zo'n constructie te hebben overwogen (De Keijser 2009).

7 Trouw 20 december 2012.

Fraude(tot profijt van bestuurders en/of medewerkers van de organisatie)

Er zijn verschillende gevallen bekend waarin bestuurders van semipublieke organisaties hun positie gebruikten om te frauderen. Zo profiteerden verschillende bestuurders van woningcorporaties van ABC-constructies bij aan- en verkoop van woningen, of ontvingen geld van opdrachtnemers. In één geval (PWS) deelden zowel de bestuurder als een lid (eerder voorzitter) van de Raad van Toezicht mee in de opbrengsten van ABC-constructies.⁸

Fraude (met financieel profijt voor de organisatie)

Dit type fraude hangt samen met ‘perverse prikkels’ in het systeem van vergoedingen in de sector. In de onderwijswereld doken ‘fake’ studenten op (de hbo-fraude, Commissie Schutte⁹) en kregen gezakte studenten alsnog een diploma (In Holland). In de gezondheidszorg treft men perverse prikkels aan in het declaratiesysteem van zorghandelingen.

Hoge uitgaven aan interim-managers en externe adviseurs

Verwijten over een ongebreidelde inhuur van externen klonken bijvoorbeeld bij de IJsselmeerziekenhuizen, Meavita en het COA.¹⁰

De lijst in box 1 bevat evenwel ook ‘problemen’ die niet rechtstreeks zijn verbonden aan ‘bedrog’ of achterblijvende prestaties van de organisatie. Het betreft bijvoorbeeld de doelmatigheid van uitgaven: bestuurders met zeer hoge salarissen en veel ‘bling bling’ op kosten van de zaak; het aangaan van onverantwoord dure prestigeprojecten; het veelvuldig inhuren van adviseurs en interim-managers. Zaken die bij commerciële ondernemingen niet tot discussie hoeven te leiden. Ook het starten van buitenlandse dochterorganisaties of het gebruik van belastingconstructies via de Antillen zijn zaken die in de context van private organisaties – mits die financieel goed presteren – zelden tot problemen leiden, maar in de publieke sector aanmerkelijk gevoeliger liggen. Een sprekend voorbeeld van de ‘gevoeligheid’ in de semipublieke sector is de commotie over de dure inrichting van een kantoor-

8 In de PWS-zaak moet de bestuurder (na de uitspraak in cassatie, zie HR 8 april 2011, LJN: BP6594) € 5,4 miljoen terugbetalen; dat is het door PWS te veel betaalde bedrag in zeven (ABC-)transacties. De bestuurder van SGBB is strafrechtelijk veroordeeld tot drie jaar gevangenis (LJN: BU9119, Rb. Utrecht 22 december 2011) en civielrechtelijk tot voorschot op schade van ruim € 24 miljoen (LJN: BU3957, Rb. Utrecht 2 november 2011). Het CFV zegt in december de verleende steun van € 39 miljoen op 7 oud-commissarissen te zullen verhalen. De bestuurder van SZW is (in cassatie, januari 2010) strafrechtelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf van 28 maanden wegens zelfverrijking.

9 Schutte, Mul, Kuijl, Mijnsen & Versteden 2005; Kuijl & Pheijffer 2006.

10 IJsselmeerziekenhuizen: Handelingen II 2008/09, 14-1021; COA: www.nrc.nl/nieuws/2011/11/06/coa-betaalde-miljoenen-aan-externe-managers-en-adviseurs; Meavita: www.skiper.nl/actueel/id1144-overheid-liet-meavita-moedwillig-failliet-gaan.html.

gebouw, dat uitmondde in het gedwongen vertrek van een UWV-bestuurder in 2004 (zonder dat sprake was van financiële debacles of problemen met de kwaliteit van de dienstverlening).

In het gangbare, marktgeoriënteerde besturingsmodel van dit type organisaties is de Raad van Toezicht het eerste orgaan (na het bestuur zelf) dat dit type problemen en misstanden zou moeten signaleren en zou moeten optreden om escalatie of herhaling te voorkomen. In de praktijk blijkt echter dat het interne toezicht de problemen en misstanden vaak niet (tijdig) signaleert en/of op zijn beloop lijkt te laten. De Algemene Rekenkamer concludeerde dan ook dat te weinig controle en druk staat op het interne toezicht in de semipublieke sector.¹¹

Een genuanceerd beeld van het functioneren van intern toezicht bij semipublieke organisatie wordt uiteraard niet verkregen door slechts naar probleemgevallen te kijken. Immers, wie selecteert op de 'afhankelijke variabele' (in dit geval: organisaties die problemen hebben ten aanzien van intern toezicht) loopt het risico vooral of alleen máár problemen te zien. Daarbij loert ook het gevaar van '*hindsight bias*'.¹² Desalniettemin leveren de probleemgevallen een goede illustratie van wat er kán misgaan.¹³ Ze leveren daarmee ook een kader voor discussie over de inrichting van intern toezicht; als dat toezicht dit type problemen tijdig moet kunnen signaleren en corrigeren, dan zal het ook over de instrumenten en hulpbronnen moeten beschikken om dat te realiseren.

2 HET MODEL VAN INTERN TOEZICHT BIJ EEN SEMIPUBLIEKE SETTING

Het model van intern toezicht bij semipublieke dienstverleners is geënt op het interne toezicht voor structuurvennootschappen. Daarachter gaat de impliciete aanname schuil dat (1) dit model van intern toezicht bij structuurvennootschappen goed werkt en (2) semipublieke dienstverleners voldoende vergelijkbaar zijn met structuurvennootschappen om aan te nemen dat het model van intern toezicht *ook* in een semipublieke setting zal werken.

Een belangrijk verschil tussen semipublieke en private organisaties is gelegen in de legitimering van hun bestaan. Private organisaties kunnen willekeurig elk doel nastreven

¹¹ Algemene Rekenkamer 2008b.

¹² Bijvoorbeeld bij speculatie. Was geld verdienen met grondspeculatie ook 'fout' toen dat nog winstgevend was? Een Raad van Toezicht moet wel heel sterk in de schoenen staan om zo'n winstgevende activiteit te beëindigen. Achteraf concluderen dat er verkeerde beslissingen zijn genomen, is een stuk eenvoudiger.

¹³ Waarbij deze voorbeelden ook leren dat 'beeldvorming' een niet te onderschatten rol speelt. Participatie in prestigeprojecten en luxe 'uitspattingen' zijn olie op het vuur wanneer organisaties in een kwaad daglicht komen te staan.

– zolang daarmee geen wetten worden overtreden. In de regel is waardevermeerdering/winst maken een belangrijk doel, of anders een dwingende randvoorwaarde voor hun bestaan. Voor een semipublieke organisatie is het doel immer een bepaalde maatschappelijk nuttig geachte – en democratisch gelegitimeerde – functie te vervullen. Winst maken is veelal geen expliciet doel. De verschillen tussen publieke en private organisaties met betrekking tot de doelen die zij willen realiseren, hebben consequenties voor het (interne) toezicht op die organisaties.

Bij private organisaties zijn winstgevendheid en solvabiliteit de belangrijkste aangrijppunten voor toezicht. Over de mate waarin dat doel wordt bereikt is, dankzij de jaarrekening en accountantsverklaring,¹⁴ doorgaans betrouwbare en extern gevalideerde informatie beschikbaar.¹⁵

Bij semipublieken ligt het voor de hand dat de maatschappelijke doelstellingen meer centraal staan, en de financiële solvabiliteit en doelmatigheid meer als randvoorwaarden gelden. Daarmee is minder eenvoudig een oordeel over het functioneren van de organisatie te vellen. Het realiseren van maatschappelijke doelen is doorgaans lastig meetbaar. Waar op financieel gebied een extern deskundige (accountant) jaarlijks rapport uitbrengt,¹⁶ ontbreekt een dergelijk ‘verplicht’ onderzoek voor het realiseren van maatschappelijke doelen.

Ook kan de vraag worden gesteld hoe ruim of precies leden van een RvT het maatschappelijk doel of ‘publiek belang’ moeten/mogen opvatten. Dienen zij zich als toezichthouder van een regionaal ziekenhuis of onderwijsinstituut primair te identificeren met (het belang van) lokale afnemers van diensten of dienen zij zich eerder te identificeren met de centrale overheid (en toe te zien op de naleving van Haagse circulaire)? Net als de bestuurders zullen ook interne toezichthouders bij semipublieke dienstverleners een (wellicht soms arbitraire) afweging maken tussen de vele wensen en eisen waarmee de organisatie wordt geconfronteerd.

14 Accountants houden zich van oudsher bezig met de financiële administratie. Zij beoordelen of de jaarrekening van een organisatie een getrouw beeld geeft van de financiële stand van zaken in de organisatie. Het probleem is wel dat er, overigens al meerdere jaren, aanzienlijke zorgen zijn dat accountants in lang niet alle gevallen hun werk naar behoren doen. Naast (tucht)zaken tegen accountants zijn er ook kantoren aansprakelijk bevonden voor schade die is ontstaan door falende accountantscontrole. Ondanks die kanttekeningen is onafhankelijke informatievoorziening een belangrijke bouwsteen van het model van intern toezicht op vennootschappen.

15 Dat sluit niet uit dat dit toezicht zich ook richt op meer ideële doelen of randvoorwaarden die de organisatie zichzelf stelt. Maatschappelijk verantwoord handelen en ‘corporate social responsibility’ gelden bij veel grote private organisatie als belangrijke (rand)voorwaarden.

16 Opgemerkt zij dat naar aanleiding van verschillende debacles in de semipublieke sfeer, ook accountants het te verduren kregen. In verschillende ‘affaires’ zijn accountants aansprakelijk gesteld. De AFM stelt dat accountants weinig alert zijn geweest op de financiële risico’s die semipublieke organisaties soms nemen. De semipublieke sector werd door accountants als een relatief ‘veilige’ sector gezien (AFM 2012).

Box 2 Het meten van prestaties van semipublieke dienstverleners

Het meten en vergelijken van prestaties is relatief eenvoudig wanneer die doelen goed waarneembare, discreet en eenvoudig te kwantificeren zijn. Het meten en vergelijken van het realiseren van maatschappelijke doelen is in de regel veel gecompliceerder. De beoogde effecten zijn veelal lastiger waar te nemen en worden vaak pas op langere termijn gerealiseerd.

Onderzoek naar de 'outcomes' van beleid wordt incidenteel wel verricht, bijvoorbeeld in onderzoeken van de Algemene Rekenkamer. Voor kleinere organisaties in (bijvoorbeeld) de zorg of het onderwijs is het verrichten van dergelijk onderzoek naar doelbereik niet of moeilijk haalbaar. Bovendien zal het nauwelijks mogelijk zijn een causaal verband aan te tonen tussen algemene effecten in de maatschappij en de prestaties van één specifieke organisatie.

De praktische oplossing voor dit probleem zijn benchmarkstudies, waarin een beperkt aantal 'indicatoren' wordt gebruikt om de prestaties van organisaties te vergelijken. In de regel zijn die 'indicatoren' geen echte meting van het beoogde maatschappelijk effect, maar eenvoudig te verzamelen cijfers waarvan aanneemelijk is dat ze met de beoogde doelbereiking samenhangen. Denk bijvoorbeeld aan Citoscores en uitvalpercentages in het onderwijs.

Dergelijke studies kunnen interne toezichthouders enig houvast geven bij het beoordelen van het functioneren van de organisatie. Tegelijk kunnen dergelijke benchmarks tot 'perverse effecten' leiden: organisaties gaan zich zodanig richten op het goed scoren in de benchmark, dat ze gedrag gaan vertonen dat weinig te maken heeft met het maatschappelijk doel of daar zelfs afbreuk aan doet.

De gestage groei van de onderzoeken naar de effectiviteit van maatschappelijke dienstverleners blijkt uit een aantal opeenvolgende rapporten van de Algemene Rekenkamer.

Uit het eerste Rekenkameronderzoek naar zelfstandige bestuursorganen (1994) bleek dat in het begin van de jaren negentig zeer veel van dit soort organisaties nog zo goed als niets aan dit soort onderzoek 'deden'. Het was ook doorgaans niet wettelijk verplicht. Uit een ander vergelijkend onderzoek van de Algemene Rekenkamer bleek dat, midden jaren negentig, van de 25 onderzochte organisaties slechts een viertal 'periodiek een onderzoek uitvoerden naar de ervaringen van hun afnemers met de dienstverlening'.¹⁷

17 Algemene Rekenkamer 1996.

Sinds die tijd is het beeld in meer gunstige zin bijgesteld en nam het aantal outputmetingen en evaluaties toe. De WRR maakte tien jaar later zelfs melding van een ‘overdaad’ aan mechanismen om inzicht te verkrijgen in output (en outcomes) van (verzelfstandigde) overheidsdiensten.¹⁸ Desondanks was, weer een kleine tien jaar later, de parlementaire onderzoekscommissie privatisering/verzelfstandiging van de Eerste Kamer¹⁹ (2012: 54) en ook haar ambtelijk coördinator in haar Nijmeegse oratie²⁰ van oordeel dat het aantal (periodieke) evaluaties nog te gering was. ‘De commissie constateert (...) dat sinds de evaluatieverplichting is ingevoerd 17 ZBO’s (22%) nog nooit zijn geëvalueerd. Minder dan de helft (48%) van het aantal verplichte evaluaties is daadwerkelijk uitgevoerd.’ De commissie voegt eraan toe dat het ‘al met al opmerkelijk [is] dat grote operaties van de rijksdienst zoals privatisering en verzelfstandiging, die rechtstreeks raken aan publieke belangen, niet gepaard zijn gegaan met een stevige inzet door het parlement op *ex ante* besliskaders, nulmetingen en regelmatig uitgevoerde evaluaties.’²¹

2.1 *Het juridisch kader voor intern toezicht bij semipublieke dienstverleners*

Voor een goed begrip van de werking van intern toezicht bij semipublieke organisaties is een korte blik op het juridisch kader van belang. Het intern toezicht bij semipublieke organisaties is, zoals gezegd, geënt op dat in de private sector. Het intern toezicht in de private sector, door een raad van commissarissen, is wettelijk verankerd in het Boek 2 BW. Aan de basis van dit interne toezicht ligt het zogenoemde structuurregime, dat in 1971 werd geïntroduceerd en in 2004 voor het laatst grondig is herzien.

Voor de Raden van Toezicht bij semipublieke ondernemingen ontbreekt een algemeen wettelijk kader, zoals dat voor de private sector in Boek 2 BW is vastgelegd.²² Het leeuwendeel van de semipublieke ondernemingen zijn stichtingen, waarvoor het Burgerlijk Wetboek slechts enkele basisregels geeft.²³ De taken en verantwoordelijkheden van de Raad van Toezicht zijn vastgelegd in de eigen statuten van de betreffende organisaties, in branche-

18 WRR 2004, p. 214.

19 Kamerstukken I 2012/13, C, C, Rapport ‘Verbinding Verbroken?’, p. 54.

20 Van Thiel 2012.

21 Rapport ‘Verbinding Verbroken?’, p. 55.

22 De meeste semipublieke ondernemingen in het onderwijs en de zorg zijn juridisch gezien stichtingen. Bij woningcorporaties komt ook de vennootschap als rechtsvorm – met Raad van Commissarissen – voor. Deze bijdrage gaat alleen in op de meer gebruikelijke figuur, waarin het intern toezicht bij een Raad van Toezicht is belegd.

23 Anders dan bij vergelijkbare organisatievormen in het buitenland (zie Minderman 2012).

codes en in sectorspecifieke wetgeving. Zorginstellingen moeten bijvoorbeeld sinds 2005 een Raad van Toezicht instellen. Voor het primair onderwijs is in 2010 een verplichte scheiding van bestuur en intern toezicht voorgeschreven. Voor woningcorporaties geldt de verplichting tot het hebben van een intern toezichtsorgaan al veel langer.²⁴

Het interne toezicht bij semipublieke dienstverleners heeft daarnaast een hybride karakter, in die zin dat sprake is van een combinatie van overheidsregulering en private regulering.

Hoe het intern toezicht precies moet zijn ingericht, wordt in sectorwetgeving niet gespecificeerd. Op dit punt wordt de semipublieke dienstverleners veel vrijheid gegund. Dit maakt dat de (formele) rol, taken en bevoegdheden van Raden van Toezicht kunnen variëren, ook tussen organisaties die in dezelfde branche actief zijn. Pogingen om tot een steviger wettelijke verankering van de Raden van Toezicht te komen, via een aparte rechtsvorm (de 'maatschappelijke onderneming') zijn tot nog toe zonder resultaat gebleven. Wel zijn in de belangrijkste semipublieke branches *governance codes* ontwikkeld, waarin het interne toezicht op brancheniveau wordt genormeerd.²⁵ Door toegang tot (onder meer) subsidieregelingen afhankelijk te maken van deelname aan zo'n branchecode, worden de organisaties binnen die branche min of meer gedwongen tot deelname aan de code. Wat betreft de aansprakelijkheid van Raden van Toezicht is Nederlandse jurisprudentie nog beperkt. In de Hestia-zaak concludeerde de rechter dat artikel 2:9 BW (aansprakelijkheid commissarissen) niet op deze toezichthouders van toepassing is 'bij gebrek aan wettelijke grondslag'.²⁶

3 DE GEDRAGSASSUMPTIES ACHTER HET MODEL VAN INTERN TOEZICHT

Wetenschappelijke inzichten die relevant zijn voor het functioneren van intern toezicht in semipublieke organisaties kunnen in zeer diverse takken van (toegepaste) wetenschap worden aangetroffen. Men denke aan de organisatiewetenschappen, bestuurskunde en sociale psychologie (groepsdynamica), en aan studies naar besluitvormingsprocessen, beïnvloedingsprocessen, leiderschap, publiek-private samenwerkingsverbanden en (management)informatiesystemen. Men kan de materie op verschillende systeemniveaus

24 Voor woningcorporaties is intern toezicht verplicht gesteld in het Besluit Beheer Sociale Huursector. De wet toelating zorginstellingen (Wtz) stelt zo'n raad verplicht voor zorginstellingen om vergoedingen te kunnen krijgen voor geleverde zorg. Voor het primair onderwijs is de verplichting vastgelegd in de Wet Goed Onderwijs, Goed bestuur. Voor universiteiten lag dit al langer vast (art. 9.7 WHW).

25 Zo worden in de zorgbrede corporate governance code uit 2006 de taken en bevoegdheden van de raden van bestuur en raden van toezicht nader geëxpliciteerd en zijn onderwerpen als samenstelling, werving en zittingstermijnen gearticuleerd.

26 Rb. Amsterdam 26 maart 2008, LJN: BC8599. Zie Schraven, Bischot & Hendrikse 2009; Sijmons 2009. Hendrikse (2010) concludeert dat Raden van Toezicht bij stichtingen uitsluitend aansprakelijk kunnen zijn wanneer de stichting een commercieel oogmerk heeft en dan nog uitsluitend bij een faillissement.

benaderen. Binnen de *black box* kan men zich richten op de individuen die toezichtsfuncties uitoefenen, en op de groepsprocessen binnen Raden van Toezicht en haar interacties met de bestuurders.²⁷ Men kan de *black box* ook gesloten laten en zich richten op de rol die Raden van Toezicht in maatschappelijk opzicht spelen; in hoeverre ze hun functie effectief vervullen, hoe ze bijdragen aan de realisatie van maatschappelijke of economische doelen en welke rol toezichthouders als groep spelen binnen de maatschappij.

Wij zijn in deze bijdrage vooral op zoek naar verklaringen voor het regelmatige falen van intern toezicht in semipublieke setting, waarbij we het intern toezicht beschouwen als een eerste ‘verdedigingslinie’ die organisaties voor falen zou moeten behoeden. Dat betekent dat ons referentiekader een breder, maatschappelijk perspectief is van waaruit het functioneren van de Raden van Toezicht wordt beschouwd. Het betekent evenwel niet dat het niveau van de individuele toezichthouder en de *boardroom dynamics* geheel buiten beschouwing zullen blijven. Het zwak functioneren van een Raad van Toezicht kan te maken hebben met de kennis, vaardigheden en motivatie van de individuen die zo’n Raad bevolken. Hetzelfde geldt voor factoren op groepsniveau, zoals conformisme of groepsdruk. In deze paragraaf gaan we kort in op een aantal relevante gedragsassumpties op individueel en groepsniveau.

3.1 *Gedragsassumpties op individueel niveau*

Verklaringen op individueel niveau voor het falen van intern toezicht zouden kunnen worden gezocht in een tekortschietend niveau van de toezichthouders: ze hebben onvoldoende inzicht in het functioneren van organisatie waar het toezicht op is gericht of nemen de toezichtfunctie onvoldoende serieus. Deze factoren komen in de casuïstiek en de meer wetenschappelijke literatuur regelmatig voor. Op papier worden toezichthouders geworven die betrokken, deskundig, kritisch en capabel zijn. Daarbij geldt impliciet de aanname dat voldoende personen met dergelijke eigenschappen beschikbaar zijn om de functies in het intern toezicht te vervullen. De praktijk leert echter dat toezichthouders niet uitsluitend vanwege hun kennis en kunde worden geworven. Zo spelen bijvoorbeeld ook contacten (netwerk) en de historie van de organisatie (fusies, verzuiling) een rol. Vaak wordt binnen het bestaande netwerk geworven²⁸ met het risico dat telkens mensen met een vergelijkbare achtergrond in die functies terechtkomen.

²⁷ De bijdragen van Raaijmakers en Kroeze in de eerste druk van deze bundel zijn goede voorbeelden van die benaderingen. Raaijmakers (2008) richt zich primair op de commissaris als individu; Kroeze (2008) stelt het groepsniveau centraal.

²⁸ Blokdijk & Goodijk 2012, p. 26.

Wat motiveert mensen om de functie van toezichthouder te vervullen? Is het interessant als 'bijverdienste', vanwege de status die men eraan kan ontleen, de nieuwe contacten die men opdoet of omdat men sterk betrokken is bij het werkveld en het functioneren van de organisaties die daarin actief zijn? Veelal lijkt het laatste te worden aangenomen. Daarnaast geldt de aanname dat een serieuze vergoeding moet worden gegeven om 'goede' mensen te krijgen.²⁹

Of men werk doet om 'de inhoud' of om het geld, wordt in de arbeidspsychologie beschreven met de termen 'intrinsieke' en 'extrinsieke' motivatie. Intrinsiek gemotiveerden gaan vooral voor de inhoud en zijn gemotiveerd om de prestaties van de organisatie, de kwaliteit van de diensten en het 'maatschappelijk resultaat ervan' te optimaliseren. Extrinsiek gemotiveerden werken vooral voor de (financiële) beloning.

Toch spelen ook andere aspecten een rol. Uit een onderzoek³⁰ naar de motivatie van bestuurders om tot een bestuur toe te treden, blijkt dat de belangrijkste reden voor bestuurders om toe te treden tot een bestuur, de identiteit is van de andere bestuurders. De personen met wie men te maken krijgt, geven de doorslag.

In de literatuur worden aan interne toezichthouders niet alleen veel, maar soms ook strijdige eisen gesteld. Niet alleen moet de toezichthouder een goede maat weten te vinden tussen vertrouwen en wantrouwen, hij/zij dient daarbij betrokkenheid te tonen en afstand te houden. Er wordt gemakkelijk aangenomen dat die verschillende rollen goed te combineren zijn.

Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat meedenken en meebeslissen (met bijvoorbeeld strategische beslissingen) ook medeverantwoordelijk maakt. Kan de toezichthouder die bij een reeks van strategische beslissingen betrokken is geweest nog overtuigend de afstandelijke rol spelen, doorvragen naar het hoe en waarom van beslissingen? Tegelijkertijd actieve betrokkenheid én afstand vragen van de toezichthouders komt er eigenlijk op neer dat geen heldere keuze over de (gewenste) rol van de toezichthouder wordt gemaakt.

3.2 *Gedragsassumpties op groepsniveau*

Sociaalpsychologische theorieën leggen nadruk op het functioneren van individuen binnen groepen (interacties, conformisme, groepsdruk). Uiteenlopende factoren zorgen ervoor dat mensen zich in de setting van de groep minder vrij en/of onkritisch gaan gedragen.

29 Dekker (2012) inventariseerde de argumenten die in Nederland en verschillende andere landen worden gebruikt om bestuurders van (semi)publieke organisaties hoge of juist karige salarissen te geven. Hij concludeert dat het Nederlandse debat vooral wordt gevoerd op basis van 'emotionele oproepen, vage statements en slechte uitgewerkte half-argumenten'.

30 Dallas 1997.

Belbin³¹ benadrukt het belang van complementaire rollen bij besluitvorming door groepen. Individuen kunnen in de regel slechts enkele rollen goed vervullen. Groepen zouden dus bij voorkeur mensen moeten bevatten die elkaar aanvullen.

Groepen kennen verschillende ontwikkelingsstadia. Groepsrollen en leiderschap ontwikkelen zich gaandeweg. Ook het selecteren en toetreden van nieuwe leden kent een eigen dynamiek. Groepen (en organisaties) hebben de neiging mensen te selecteren met een gelijke achtergrond en overtuigingen (en zo de bestaande cultuur te bekrachtigen).³² Ingesleten gedragspatronen en waardenoriëntaties zijn moeilijk af te leren. Daar komt bij dat mensen die vooral met 'gelijkaardigen' verkeren en daar contacten mee hebben weliswaar over sociaal kapitaal beschikken, maar niet juist dat sociale kapitaal dat innovaties en krachtige nieuwe ideeën oplevert. Daarin slagen vooral mensen die mensen met elkaar verbinden van diverse achtergrond en pluimage.³³

Groepsbeslissingen zijn niet noodzakelijk beter dan beslissingen van individuen. Bij besluitvorming binnen groepen speelt de sociale dimensie van de groep een rol (machtsprocessen, draagvlak creëren, coalities smeden, belangen uitruilen, zwartepieten). Er bestaat een inverse relatie tussen de grootte van een groep en de inspanning die individuen in de groep leveren (*social loafing*³⁴). 'Boardroom dynamics' is een in toenemende mate gebruikte benaming voor onderzoek naar het gedrag binnen groepen met bestuurs- en/of toezicht-taken.

De dynamiek van groepen is een veelgebruikte verklaringslijn in relatie tot gedrag en besluitvorming van (interne) toezichtsorganen. Tegelijk is deze verklaringslijn weinig specifiek, omdat in organisatorische verbanden veel besluitvorming in groepsverband geschiedt.

4 INTERN TOEZICHT ALS REGELKRING

Tekortkomingen van intern toezicht verklaren met factoren die uitsluitend op individueel en groepsniveau liggen, suggereert dat het design van het intern toezicht klopt, maar dat de *menselijke factor* roet in het eten gooit. In de casuïstiek zijn inderdaad vele voorbeelden te vinden van toezichthouders die dingen achteraf gezien beter anders hadden kunnen

31 Belbin 1998 onderscheidt 9 rollen, binnen 3 hoofdcategorieën: 'doe'-rollen (implementer, shaper, completer-finisher), 'denk'-rollen (specialist, monitor-evaluator, plant) en sociale rollen (resource investigator, team-worker, co-ordinator).

32 Schein 1991.

33 Burt 2004.

34 Jackson & Williams 1985. Er bestaan verschillende (aanvullende) verklaringen voor dit verschijnsel: de bijdrage van afzonderlijke individuen is minder zichtbaar, 'rewards' worden gedeeld (zijn niet onderscheidend) en mensen passen hun eigen inspanning aan aan de inspanning die zij verwachten dat anderen zullen leveren.

doen. Toch levert de casuïstiek ook voldoende feiten en inzichten op om de inrichting van het intern toezicht zelf aan een kritische blik te onderwerpen.

Om het interne toezicht in haar vorm en functie op semipublieke organisaties aan een nadere analyse te onderwerpen, maken we in deze paragraaf gebruik van een referentiekader dat in de organisatieliteratuur bekend staat als 'de regelkring'. Een regelkring heeft tot doel processen beheerst te doen verlopen. Daartoe wordt het functioneren vergeleken met een (vooraf gestelde) norm en wordt bijgestuurd indien het functioneren niet aan die norm voldoet. Een regelkring kent verschillende stappen: meten/monitoren, vergelijken met de norm, en (zodanig) ingrijpen/bijsturen. Wanneer die verschillende stappen onderling in goede samenhang functioneren, kan een proces beheerst verlopen.

In 't Veld³⁵ onderscheidt naast de regelkringen in een primair proces een regelkring met betrekking tot de normstelling. Normen voor het functioneren zijn geen constante, maar evolueren in de tijd. De regelkring voor de normstelling heeft betrekking op het evalueren van bestaande normen op basis van omgevingsinformatie en het (zodanig) bijstellen van de normen.

In de inleiding van deze bijdrage hebben we het interne toezicht in organisaties geschetst als eerste verdedigingslinie tegen (verschillende vormen van) disfunctioneren. Vanuit het referentiekader van regelkringen stellen we de volgende vragen:

1. Verkrijgen toezichthouders de informatie die nodig is om zich een juist beeld te vormen van het functioneren van de organisatie (de monitoringsfunctie)?
2. Beschikken toezichthouders over voldoende instrumenten om (effectief) in te grijpen wanneer dat nodig is (de bijsturingsfunctie)?
3. Beschikt de Raad van Toezicht over voldoende mogelijkheden om normen te stellen en bij te stellen en gebeurt dit in de praktijk ook (de normstellende functie)?

4.1 *Informatie vergaren en toetsen aan normen*

Vanuit de rol van toezichthouder dient informatie te worden verzameld over verschillende aspecten van het functioneren van de organisatie in haar relevante omgeving. Kort en goed verzamelt een Raad van Toezicht informatie over het bereiken van doelen en het voldoen aan verschillende randvoorwaarden die daarbij in acht moeten worden genomen. Zij toetst dat aan bepaalde normen en intervenieert wanneer zij dat nodig acht. Hierbij inbegrepen is toezicht op de uitvoering van beleid, strategische keuzes, de (financiële) risico's die de organisatie aangaat alsook op de solvabiliteit. Onze probleeminventarisatie in de eerste paragraaf (box 1) wijst daarnaast op een 'gevoeligheid' die bestaat rond de uitgaven door

35 In 't Veld 1988.

publieke organisaties; hoge salarissen, uitbundige 'luxe' en prestigeprojecten tasten de geloofwaardigheid van organisatie aan. Ook hier lijkt een logische rol weggelegd voor de Raad van Toezicht.

De voor goed toezicht benodigde informatie reikt verder dan het intern functioneren van de semipublieke organisatie: het realiseren van maatschappelijke doelen vergt nadrukkelijk dat informatie uit de relevante omgeving van de organisatie wordt verzameld. In de literatuur wordt echter veelvuldig gewezen op het probleem dat de Raad van Toezicht niet de informatie weet te vergaren die zij in haar toezichthoudende rol nodig heeft. In de casuïstiek van falend toezicht speelt onvolledige, onjuiste en niet-tijdige informatie vrijwel altijd een rol.

In de casuïstiek en literatuur over intern toezicht duikt een aantal specifieke tekortkomingen in de informatievoorziening aan intern toezichthouders op:

- Informatie komt – spreekwoordelijk – 'altijd te laat'. Er gaat veelal geruime tijd overheen voordat problemen die zich bij organisaties voordoen tot uitdrukking komen in cijfermatige gegevens. Dit probleem speelt des te meer bij een Raad van Toezicht met slechts enkele vergaderingen per jaar. In de casuïstiek van falend toezicht is vaak, op het moment dat intern toezichthouders op de hoogte raken, het kalf reeds verdronken (en kan nog slechts de put worden gedempt).
- Toezichthouders hebben weinig middelen om zelf, onafhankelijk, informatie te vergaren. Voor veel informatie zijn toezichthouders sterk afhankelijk van de bestuurder. Tegelijk wordt toezichthouders ook vaak verweten dat zij te weinig pogingen doen zelf informatiebronnen aan te boren (en zich dus afhankelijk maken van hetgeen er door de bestuurder zelf wordt verstrekt).
- Bestuurders zijn geneigd onwelgevallige informatie te filteren. De Raad van Toezicht beslist over de beloning (salaris, bonussen) van bestuurders en kan de bestuurder wegsturen. De bestuurder heeft er dus een persoonlijk belang bij er bij de Raad van Toezicht goed op te staan. Dit kan ertoe leiden dat minder gunstige ontwikkelingen worden verzwegen of toegedekt.
- Het creëren van (organisatorische) barrières. Gebrekkige informatie is niet altijd te wijten aan het moeilijk meetbaar of kwantificeerbaar zijn van dingen die men zou willen weten. In verschillende casus werden barrières opgeworpen die voorkomen dat informatie bij het toezichtsorgaan terechtkomt. Zo kunnen belangrijke beslissingen gedelegeerd worden aan subcommissies of werden aparte bv'tjes, die niet onder toezicht van de Raad van Toezicht vielen, opgericht voor investeringen. In de Vestia-affaire verklaarden verschillende leden van de raad van commissarissen dat er in hun bijzijn nooit over de beloning van de topman was gesproken. Dat werd overgelaten aan een

subcommissie en er werd niet plenair over teruggerapporteerd.³⁶ Bij Rochedale had de bestuurder tekenbevoegdheid tot een bedrag van 50 miljoen euro, waardoor grote transacties pas achteraf ter kennis van de Raad van Toezicht kwamen.³⁷

Het model van intern toezicht gaat uit van tijdig en goed geïnformeerde toezichthouders. De casuïstiek wijst echter op structurele tekortkomingen in de informatieverstopping aan die toezichthouders.

4.2 *Ingrijpen*

Vanuit het perspectief van regelkringen monitort de Raad van Toezicht het functioneren van het object van toezicht en grijpt in wanneer dat functioneren niet conform de norm is. Als een Raad van Toezicht constateert dat er dingen misgaan, welke actie kan men dan ondernemen? De Raad van Toezicht kan de bestuurder niet zomaar overrulen. De sturingsmogelijkheden van een Raad van Toezicht volgen primair uit de rol van de Raad van Toezicht als werkgever van de bestuurder. Het ligt in die rol besloten de bestuurder aan te spreken over zijn of haar functioneren. De Raad van Toezicht gaat over de beloning van de bestuurder, waaraan sturingsmogelijkheden kunnen worden ontleend. Goed bestuur kan worden beloond. Bij slecht functioneren zijn de mogelijkheden tot bijsturen beperkt. Als een bestuurder zich niet responsief toont wanneer de Raad van Toezicht bezwaren maakt of kritische kanttekeningen plaatst, is er de keuze om tot schorsing of ontslag over te gaan, of zich bij de opstelling van de bestuurder neer te leggen. Het instrumentarium om in te grijpen lijkt dus vrij beperkt en eenzijdig. Als zachte beïnvloeding niet tot resultaat leidt resten slechts opties die een nauwelijks nog omkeerbare breuk in het vertrouwen bewerkstelligen. Anderzijds kan een relatie worden vermoed tussen de centrale rol van beloningen in de beïnvloedingsmogelijkheden van toezichtsorganen en de beeldvorming van almaar stijgende beloningen van bestuurders.³⁸

Eshuis et al. (2012) plaatsten enkele kanttekeningen bij de effectiviteit van de ontslag-sancie voor bestuurders in gevallen van financieel wanbeleid:

36 Eshuis c.s. (2012) suggereren, met een citaat van de beroepscommissaris, dat het 'afschermen' van interne toezichthouders een veel breder voorkomend verschijnsel is. 'Bij veel Nederlandse bedrijven worden de commissarissen afgeschermd van de werkvloer. Dat was bij [onderneming X] ook zo. Als je binnenkwam stond er iemand klaar om je op te vangen en de lift in te loodsen naar de directieruimte. Je kunt niet met werknemers praten en een kijkje nemen op de werkvloer om te zien wat er speelt.'

37 Centraal Fonds Volkshuisvesting, Jaarverslag 2010.

38 Het (systematisch) stimuleren van gewenst gedrag via financiële beloningen stimuleert ook extrinsieke motivatie van de beloonde.

- In organisaties waar (financieel) wanbeleid is gebleken, is het ontslag van de bestuurder één van de te verwachten acties. Voor de bestuurder betekent dat vaak het einde van de carrière. Dat maakt het soms tot een (te) zware sanctie.
- Het ontslag van een bestuurder is weliswaar een stevige sanctie voor die bestuurder, maar nog geen (definitieve) oplossing voor de ontstane problemen. Met het ontslag van de bestuurder worden de problemen ook zichtbaar voor de buitenwereld, en worden financiers terughoudend. Het wegvallen van een bestuurder kan ook tot gevolg hebben dat belangrijke contacten (met financiers, opdrachtgevers) wegvallen.³⁹ Dit leidt soms tot terughoudendheid met het ondernemen van actie tegen een bestuurder.

De range van mogelijkheden waarover toezichthouders beschikken om in te grijpen is niet groot. In sommige gevallen is er reden tot ingrijpen, maar is het type sanctie dat men kan treffen ongeschikt.

4.3 *De regelkring van de normstelling*

In een regelkring worden gegevens uit de monitoring vergeleken met vooraf gestelde normen, om zo te bepalen of de processen naar behoren functioneren. Stellen we een Raad van Toezicht voor als (onderdeel van) een regelkring, dan volgt automatisch de vraag langs welke normen de Raad het functioneren van de organisatie beoordeelt en wie er verantwoordelijk zijn voor het stellen van de norm.

Idealiter zouden de normen waarop het functioneren van semipublieke organisaties wordt beoordeeld een directe en goed meetbare afgeleide zijn van het maatschappelijk doel dat de organisatie beoogt te realiseren. In een onderwijsorganisatie zouden dat bijvoorbeeld het eindniveau zijn dat de leerlingen bereiken, de uitval, en een 'benchmark' ter vergelijking van de eigen prestaties met die van soortgelijke instellingen.

De praktijk van veel semipublieke organisaties wijkt aanzienlijk van dat plaatje af. Gezien de doorgaans lastige meetbaarheid van dit type indicatoren beperkt men zich in de regel tot financiële resultaten en maakt men creatief gebruik van wél beschikbare gegevens (bijvoorbeeld ontwikkeling van leerlingenaantallen, Citotoetsprestaties, percentage zittenblijvers, tevredenheidsonderzoek) als indicatoren voor het functioneren van de organisatie. Blokdijs en Goodijk (2012) beschrijven op basis van zelfrapportagegegevens, de mate waarin Raden van Toezicht in het onderwijs aandacht schenken aan verschillende aspecten van het functioneren van de organisatie.

Spraakmakende 'affaires' die zich in de afgelopen jaren voordeden, leidden regelmatig tot debat over de voor het functioneren van semipublieke organisaties (en haar bestuurders) te stellen normen. Het is aannemelijk dat dit type debat – waaraan brancheorganisaties,

³⁹ Dit wordt wel het 'bail out'-fenomeen genoemd. Zie Flap, Bulder & Völker 1998.

pers, politiek en wetenschap deelnemen – zich zal doorvertalen naar de toezichtspraktijk. Systematische kennisverzameling naar de processen van normstelling vindt echter niet plaats.

5 DE MARKT VAN INTERN TOEZICHT

In paragraaf 3.1 werd stilgestaan bij assumpties achter het model van intern toezicht, op individueel niveau. Dat betrof bijvoorbeeld de motivatie, de kennis en de vaardigheden van personen die een toezichtsfunctie (zouden willen of moeten) bekleden.

In deze paragraaf kantelen we dat perspectief enigszins en benaderen we intern toezicht als een ‘job’-markt, met een vraagzijde en een aanbodzijde. De vraagzijde van die markt valt, op basis van open bronnen, redelijk goed in kaart te brengen. Lastiger is het met de aanbodzijde en de vaststelling in hoeverre vraag en aanbod op elkaar aansluiten.

5.1 *De vraag naar intern toezichthouders in de semipublieke sector*

Het aantal toezichtsfuncties dat, alleen al in de semipublieke sector, moet worden bemenst, bedraagt volgens schattingen zo’n 15.000.⁴⁰ Zoals in paragraaf 3.1 werd aangestipt, dienen de functies vanzelfsprekend door capabele personen te worden vervuld, met de juiste persoonlijke eigenschappen (kritisch, overtuigingskracht, betrokkenheid, lef⁴¹) en die bovendien bereid zijn serieus tijd en inspanning voor de functie te leveren.

Een belangrijke ontwikkeling die van invloed is op de vraagzijde is de tendens – in lijn met de Code Tabaksblat – om het aantal toezichtsfuncties dat personen mogen bekleden in te perken. Per 1 januari 2013 gelden zulke beperkingen ook wettelijk voor toezichtsfuncties bij semipublieke organisaties. Het betekent dat meer personen nodig zullen zijn om al die functies te vervullen.

5.2 *Wat weten we van de personen die deze functies bemensen?*

Van de individuen die men voor deze functies hoopt te werven, valt in redelijkheid aan te nemen dat het vaak gaat om personen met omvangrijke werkweken en meerdere professionele activiteiten. Zij zullen in hun tijdsbesteding ten behoeve van verschillende activiteiten prioriteiten (moeten) stellen en niet altijd de toezichtsfunctie(s) de hoogste prioriteit toekennen. Een groep toezichthouders voor wie dit probleem wellicht minder speelt, zijn personen die na pensionering toezichttaken gaan uitvoeren.

40 Van Leeuwen & Simons 2012, p. 161; Minderman 2012; Goodijk 2012.

41 Dit zijn slechts enkele van de vele eisen die in de literatuur kunnen worden gevonden.

Het profiel van interne toezichthouders is in de praktijk minder gevarieerd dan men wellicht zou verwachten. Bij commerciële ondernemingen worden relatief veel toezichtsfuncties bekleed door mensen met een juridische of financieel-economische achtergrond. De gemiddelde commissaris is een man van zestig jaar, met drie commissariaten.⁴² Ook het intern toezicht bij semipublieke organisaties kent een tamelijk eenzijdig profiel. Minderman stelt dat 82% van de toezichthouders bij corporaties mannen zijn van 60+.⁴³ Het onderwijs toont wat meer variatie, met een gemiddelde leeftijd van rond de 55 jaar en ruim 25% vrouwen.⁴⁴

Goodijk (2012) wijst erop dat de meeste toezichthouders nog immer op informele wijze worden geworven.⁴⁵ Heel verrassend lijkt dat niet: afgaande op het profiel lijkt het niet om mensen te gaan die elk weekend de kranten uitspellen op zoek naar een geschikte functie. Uit de leeftijdsverdeling van toezichthouders lijkt te spreken dat een niet onbelangrijk deel van de personen die voor zo'n functie worden gestrikt, gepensioneerd is. Binnen die groep vindt men mensen die over de gezochte kennis en vaardigheden beschikken én tijd hebben om zo'n functie te vervullen. Overigens klinkt in werk van auteurs als Goodijk (2012) en Minderman (2012) wel zorg door over de beperkte mate waarin men er in slaagt jongere mensen voor toezichtsfuncties te werven.⁴⁶

In semipublieke organisaties weerspiegelt de samenstelling van de Raad van Toezicht vaak nog een verzuild verleden, dan wel de fusiegeschiedenis. Toezichthouders vertegenwoordigen er de oude bloedgroepen. Ze bekleden de functie primair op andere gronden dan hun expertise. Bij kleinere organisaties worden toezichtsfuncties vaak bekleed door lokale notabelen; die hebben wel zicht op de lokale gemeenschap, maar zijn minder bekend met de 'state-of-art' op het terrein waarin de organisatie opereert.

5.3 *Tijdbeslag en beloning*

Er wordt regelmatig onderzoek verricht naar tijdsinvestering en beloning van leden van Raden van Toezicht. Bij grote organisaties in de zorg is een vergaderfrequentie van vier tot zes maal per jaar gebruikelijk. Toezichthouders in het onderwijs besteden in de regel tot zo'n tien dagen per jaar aan hun toezichtsfunctie.⁴⁷

Uit het Nationaal Commissarissen Onderzoek (2009) blijkt dat de beloning voor toezichtsfuncties bij semipublieke organisaties per sector varieert. Gemiddeld toucheren toezichthouders bij culturele instellingen en goede doelen 1.250 euro per jaar. Toezicht-

42 Lückérath-Rovers 2009; Lückérath-Rovers & de Bos 2012.

43 Minderman 2012.

44 Blokdijk & Goodijk 2012.

45 Goodijk 2012.

46 Minderman 2012; Goodijk 2012.

47 Blokdijk & Goodijk 2012.

houders bij onderwijsinstellingen gemiddeld 6.150 euro; bij zorginstellingen 8.600 euro; bij woningcorporaties 10.800 euro.⁴⁸

De betekenis van die beloningen zal niet voor ieder gelijk zijn; voor sommigen zal een toezichtsfunctie een serieuze bijverdienste betekenen, waar voor anderen zo'n functie in het genre 'liefdewerk, oud papier' valt.

In recente analyses van het intern toezicht op semipublieke organisaties benadrukken Goodijk (2012) en Minderman (2012) dat het toezicht intensiever en professioneler moet worden.⁴⁹ Beiden menen dat méér vragen van de individuele toezichthouder noodzakelijk is. Selecteren moet strenger en er zou meer aan het bijscholen van toezichthouders moeten worden gedaan. In dat licht bezien missen we een écht zakelijke discussie over 'wat vraag je van een toezichthouder, en hoe beloon je die'? De vergoeding in de cultuursector (ca. 1.000 euro per jaar) lijkt gericht op intrinsiek gemotiveerden, die bij woningcorporaties (het tienvoudige) meer op extrinsiek gemotiveerden.

Een 'goed' design van toezicht voorziet erin dat er voldoende goede mensen kunnen worden gevonden voor de te vullen toezichtsfuncties, en dat die personen ook het werk/de inzet leveren die van ze wordt verwacht. Het is een open vraag of het realistisch is aan te nemen dat het snel gegroeide volume van toezichtsfuncties bij semipublieke organisaties met 'goede' mensen kan worden gevuld, die bovendien bereid zijn meer tijd in die functie te steken dan vroeger het geval was.

6 CONCLUSIES

Tegen de achtergrond van een gestage stroom van debacles bij semipublieke dienstverleners klinkt een toenemende roep om meer regie door de centrale overheid. Het valt buiten de kaders van deze bijdrage om algemene uitspraken te doen over wat per saldo de opbrengst is geweest van alle deregulering en privatisering, maar duidelijk is dat de voormalige *government failures* niet zijn verdwenen (en, ondanks de privatisering, nog vaak op conto van de overheid worden geschreven).

In deze bijdrage is ingezoomd op de rol van het intern toezicht bij semipublieke organisaties. We keken naar de wijze waarop dit toezicht is vormgegeven en de achterliggende assumpties. Waarom is dit eerstelijnstoezicht in het recente verleden geen adequate verdedigingslinie gebleken tegen wanbeleid en falende publieke dienstverlening? Welke lessen kunnen aan bestaande wetenschappelijke kennis en aan onze analyse worden ontleend om het intern toezicht zo vorm te geven dat het wél in staat is problemen tijdig te signaleren en adequaat problemen aan te pakken?

48 Lückérath-Rovers 2009; Lückérath-Rovers & de Bos 2012.

49 Minderman 2012; Goodijk 2012.

Het interne toezicht op semipublieke dienstverleners is in belangrijke mate gebaseerd op het – al langer bestaande – model van intern toezicht op structuurvennootschappen. Op de haken en ogen van dát model is al vaker gewezen. De kanttekeningen die Raaijmakers⁵⁰ plaatst bij de beloningsprikkels en Kroeze⁵¹ bij de besluitvorming binnen groepen gelden ook voor het interne toezicht op semipublieke dienstverleners.

Naast beperkingen die het model van structuurvennootschappen reeds kent zijn aan het model voor intern toezicht op semipublieke dienstverleners nog een aantal extra problemen verbonden. Die hebben zowel te maken met punten waarop semipublieke dienstverleners afwijken van structuurvennootschappen als met een gebrekkige ‘vertaling’ van het model van intern toezicht op structuurvennootschappen naar de semipublieke dienstverlening.

Het model van intern toezicht op structuurvennootschappen is wettelijk verankerd. De raad van commissarissen oefent intern toezicht uit. Onafhankelijke informatie over de prestaties – in financiële zin – is gewaarborgd via de accountantscontrole⁵² op de jaarrekening. Daarnaast dienen belangrijke besluiten ook aan de aandeelhoudersvergadering te worden voorgelegd. Het model voorziet dus in twee vormen van controle door stakeholders. Centraal staan daarbij de financiële resultaten van de organisatie.⁵³

Zoals beschreven in het eerste deel van dit artikel, kent het model van intern toezicht op semipublieke dienstverleners niet de wettelijke verankering dat het model van toezicht op structuurvennootschappen wél kent. In lijn met de destijds dominante filosofie van een terugtrekkende overheid werd ook de rol van de overheid in het toezicht op deze dienstverleners geminimaliseerd. De overheid hanteerde als uitgangspunt dat semipublieke organisaties een orgaan voor intern toezicht dienden in te stellen, maar lieten de nadere invulling ervan aan de organisaties zelf over. Zelfgereguleerd toezicht dus, waarbij het object van toezicht zelf de spelregels mag formuleren. De invloed van politiek en bestuur op de bedrijfsvoering van semipublieke organisaties diende, volgens de destijds geldende filosofie, te worden beperkt: *‘let managers manage’*.

Wij constateren dat dit model verschillende tekortkomingen vertoont, die behalve met het ontbreken van wettelijke verankering ook te maken hebben met verschillen tussen semipublieke dienstverlening en commerciële ondernemingen. In de eerste plaats zagen we dat in het model voor structuurvennootschappen is voorzien in een in principe onafhankelijke informatievoorziening over de behaalde resultaten en financiële continuïteit

50 Raaijmakers 2008.

51 Kroeze 2008.

52 Onverlet de in deze bijdrage geplaatste kanttekeningen bij de praktijk van de accountantscontrole in de afgelopen jaren: de informatievoorziening over doelbereik is in dit model geregeld.

53 Deze vorm van toezicht werpt geen dam op tegen maatschappelijk ongewenste uitkomsten.

van de organisatie. Dat betekent dat interne toezichthouders, als accountants hun werk naar behoren doen, over betrouwbare informatie kunnen beschikken over het doelbereik van de organisatie. Voor de maatschappelijke doelen die door semipublieke dienstverleners dienen te worden vervuld, is een dergelijke informatievoorziening niet geregeld. Natuurlijk geldt ook voor deze organisaties dat de jaarrekening van een accountantsverklaring moet zijn voorzien, doch het doelbereik van een publieke dienstverlener blijkt niet uitsluitend of primair uit de financiële situatie, maar uit hetgeen hij in de maatschappij tot stand brengt. Omdat dit doelbereik vaak lastig is te meten en er geen regeling is die een goede informatievoorziening aan de Raden van Toezicht garandeert, zullen de Raden vaak op karige informatie moeten varen. Omdat ook de 'dwang' van de markt en van aandeelhouders, die wel aanwezig is bij 'échte' marktpartijen, bij de semipublieke dienstverleners maar beperkt aanwezig is, compliceert dit alles het werk van de interne toezichthouder. In de praktijk is het intern toezicht voor informatie over de doelbereiking van de organisatie sterk afhankelijk van de bestuurder en beschikt het nauwelijks over mogelijkheden om het verstrekken van adequate informatie af te dwingen.

Een relatief eenvoudige oplossing voor deze problematiek is het periodiek verrichten van branchebrede benchmarkstudies (een aanbeveling die de onderzoekscommissie⁵⁴ van de Eerste Kamer overigens óók doet ten behoeve van het parlement). Van deze studies en gegevens kan en zal de interne toezichthouder vervolgens gebruik moeten maken. Daarbij is wel alertheid geboden met het oog op mogelijke perverse effecten.

Voor actie richting bestuurder heeft de Raad van Toezicht een beperkt arsenaal aan handelingsmogelijkheden. Ze ontleent die vooral aan haar rol als werkgever. Die levert beïnvloedingsmogelijkheden via (resultaatgericht) belonen en de mogelijkheid de bestuurder te ontslaan. Ten aanzien van de beloningsafhankelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de Raad van Toezicht merkten wij op dat deze een extra risico vormt met betrekking tot de informatievoorziening aan de Raad. De Raad van Toezicht is voor haar informatie over de performance van de organisatie sterk afhankelijk van de bestuurder, en de bestuurder heeft door zijn beloningsafhankelijkheid een duidelijk belang om eventuele problemen toe te dekken, te bagatelliseren of zelfs te verzwijgen. De belangrijkste sanctie die een Raad van Toezicht kan treffen is ontslag van de bestuurder. Die sanctie is vaak geen oplossing voor het probleem en kan contraproductief zijn, maar over alternatieven voor schorsing en ontslag beschikken de toezichthouders doorgaans niet.

Tot slot vormt de arbeidsmarkt van toezichthouders een punt van aandacht. De eis dat semipublieke organisaties in de zorg en onderwijssector zich van een intern toezichtsorgaan voorzien, heeft tot een forse in groei in toezichtsfuncties geleid. Het toezicht op semipublieke dienstverleners vergt circa 15.000 toezichthouders. De vraag of er voldoende (gekwali-

54 Kamerstukken I 2012/13, C, C.

ceerde) mensen beschikbaar zijn voor het bekleden van die functies is nauwelijks geadresseerd. De beloningen voor functies in verschillende sectoren lopen vrij sterk uiteen, terwijl er weinig expliciete eisen zijn met betrekking tot de tijdsinvestering van toezichthouders; het lijkt alsof ieder zelf mag bepalen wat hem of haar redelijk lijkt.

Op papier lijkt de aanname te zijn dat toezichthouders ruim tijd in de toezichtsfunctie kunnen en willen besteden. De praktijk die daar tegenover staat, is dat toezichtsfuncties vaak naast andere functies worden uitgeoefend en de tijd die men erin steekt, gelimiteerd is.

LITERATUUR

Algemene Rekenkamer 1994

Algemene Rekenkamer, Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid, Kamerstukken II 1994 -1995, 24 130, nr. 3.

Algemene Rekenkamer 2006

Algemene Rekenkamer, *Goed bestuur tussen publiek en privaat. Ontwikkelingen in bestuur, beleid en regelgeving*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2006.

Algemene Rekenkamer 2008a

Algemene Rekenkamer, *Bestuur op afstand in beeld. Tien jaar onderzoek van de Algemene Rekenkamer naar instellingen op afstand van het Rijk*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2008.

Algemene Rekenkamer 2008b

Algemene Rekenkamer, *Goed bestuur in uitvoering. De praktijk van onderwijsinstellingen, woningcorporaties, zorgorganisaties en samenwerkingsverbanden*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2008.

Autoriteit Financiële Markten 2012

Autoriteit Financiële Markten, *Rapport naar aanleiding van AFM-onderzoek naar wettelijke controles bij woningcorporaties*, Amsterdam: AFM 2012.

Belbin 1998

M.R. Belbin, *Teamrollen op het werk*, Den Haag: Academic Services 1998.

Den Blijker 2012

Den Blijker, 'De uitdaging: open én gesloten zijn over missers. Ziekenhuizen in opspraak', *Trouw* 20 december 2012.

Blokdijk & Goodijk 2012

T.M.M. Blokdijk & R. Goodijk, *Toezicht binnen onderwijsinstellingen. Onderzoek naar de samenstelling, werkwijze en functioneren van raden van toezicht in het onderwijs*, Den Haag: Nationaal Register 2012.

Burt 2004

R.S. Burt, 'Structural Holes and Good Ideas', *The American Journal of Sociology* 2004 (2), p. 349-399.

Centraal Fonds Volkshuisvesting 2010

Centraal Fonds Volkshuisvesting, *Jaarverslag 2010*.

Dallas 1997

L.L. Dallas, 'Proposals for reform of corporate boards of directors: The dual board and board ombudsperson', *Washington & Lee Law Review* 54, 9 1-147.

Eshuis et al. 2012

R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast, H.G. van de Bunt, J.G. van Erp & N.T. Pham, *Het aansprakelijk stellen van bestuurders. Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders*, O&B- reeks 303, Den Haag: Boom/Lemma Uitgevers 2012.

Flap et al. 1998

H. Flap, B. Bulder & B. Völker, 'Intra-organizational networks and performance: a review', in: *Computational and Mathematical Organization Theory*, 1998-4, p. 109-147.

Goodijk 2012

R. Goodijk, 'Falend toezicht in semipublieke organisaties? Zoeken naar verklaringen', Assen: Van Gorcum 2012.

Handelingen II 2008

Handelingen II 2008-2009, 14-1021, 31 okt 2008, Spoeddebat over de IJsselmeerziekenhuizen.

Hendrikse 2010

A. Hendrikse, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid', in: R.J. van Galen, J.G. Princen & R. Mulder (red.), *De insolvente venootschap*, Insolad jaarboek 2010, Deventer: Kluwer 2010, p. 47-65.

Jackson & Williams 1985

J.M. Jackson & K.D. Williams, 'Social loafing on difficult tasks', *Journal of Personality and Social Psychology*, 1985, 49, 937-942.

Kamerstukken I 2012/13, C, C

Kamerstukken I 2012/13, C, C, Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten.

De Keijser 2009

G. de Keijser, *Rapportage oorzaken financiële problemen bij Meavita*. Utrecht: College Sanering Zorginstellingen 2009.

Kroeze 2008

M.J. Kroeze, 'Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen', in: Boom, Giesen & Verheij, *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Kuijl & Pheijffer 2006

H. Kuijl & M. Pheijffer, 'Onderwijsbekostiging blijkt fraudegevoelig', in: *MCA Tijdschrift voor Organisaties in Control* 2006(6).

Leeuw 1996

F.L. Leeuw & R.J. in 't Veld, 'Spelen met vuur (bespreking)', in: *Beleidswetenschap*, 1996 (3), p. 277-279.

Van Leeuwen & Simons 2012

W. van Leeuwen & P. Simons, *Toezicht en de maatschappelijke onderneming – Balanceren in het krachtenveld*, Assen: Van Gorcum 2012.

Lückerath-Rovers & De Bos 2012

M. Lückerath-Rovers & A. de Bos, *Nationaal Commissarissen Onderzoek 2011*, Rotterdam/Breukelen: Erasmus Universiteit Rotterdam/Nyenrode Business Universiteit 2012.

Minderman 2012

G. Minderman, *Waar is de Raad van Toezicht?*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

Raaijmakers 2008

G.T.M.J. Raaijmakers, 'Beloningsprikkelers voor bestuurders en commissarissen', in: Boom, Giesen & Verheij, *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Schein 1991

E.H. Schein, *Organizational culture and leadership. A dynamic view*, San Francisco/Oxford: Jossey-Bass Publ 1991.

Scheltema et al. 2012

M. Scheltema, J. Rijdsdijk & A. van Erp, *Rapport Onderzoekscommissie Centraal Orgaan opvang asielzoekers (COA)*, z.pl.

Schraven et al. 2009

T. Schraven, W. Bischoff & A. Hendrikse, *Maatregelen bij falend bestuur en toezicht in de zorg. Over aanspreekbaarheid en aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de zorg*, Zorg Consult Nederland B.V. & Van Doorne N.V 2009.

Schutte et al. 2005

G.J. Schutte, R.B.M. Mul, J.G. Kuijl, F.H.J. Mijnsen & C.J.N. Verstedden, *Eerlijk delen II. Voortgezet onderzoek naar onregelmatigheden met bekostiging bij zeven Onderwijsinstellingen en afrondende beschouwingen*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2005.

Sijmons 2009

J.G. Sijmons, *Aanpassen norm voor aansprakelijkheid van bestuurders in de zorg? Een onderzoek naar de mogelijkheden en effectiviteit van het uitbreiden van de aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders en toezichthouders in de zorg en zijn alternatieven*, Zwolle/Utrecht: Nysingh advocaten-notarissen NV/Universiteit Utrecht 2009.

Van Thiel 2012

S. van Thiel, *Are you being served? Over de opbrengsten van verzelfstandiging van overheidsorganisaties*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2012.

In 't Veld 1988

J. in 't Veld, *Analyse van organisatieproblemen. Een toepassing van denken in systemen en processen*, Leiden/Antwerpen: Stenfert Kroese 1988.

In 't Veld 1995

R.J. in 't Veld, *Spelen met vuur; over hybride organisaties* (oratie), Den Haag: Vuga 1995.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2004

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2012

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Publieke zaken in de marktsamenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012.

DEEL H

RECHTSPLEGING EN
GESCHILBESLECHTING

34 **ONTWERPEN VAN CIVIELE PROCEDURES: WAT WERKT?**

J.M. Barendrecht

SAMENVATTING

Een goede procedure ontwerpen is veel meer dan het opschrijven van regels, die vervolgens verder worden toegepast en ingevuld door precedentes. Van eisen aan de procesinleiding, via vragen die op de zitting worden gesteld tot en met beprijzing van hoger beroep; er zijn honderden onderdelen die goed in elkaar moeten grijpen, afgestemd op het waarschijnlijke gedrag van alle procesdeelnemers in alle variatie die dat kan hebben. Goede innovaties ontstaan meestal dichtbij de rechtspraktijk als een groep rechters de urgentie voelt om procedures te veranderen.

Deze bijdrage geeft een overzicht van de stroom van gedragswetenschappelijk onderzoek die laat zien welke vormen van procesinnovatie het meest kansrijk zijn. De nadruk ligt op zeven thema's waarop veel vernieuwing zichtbaar is en verdere vooruitgang wenselijk lijkt. Het perspectief is dat van zo rechtvaardig mogelijke procedures (procedureel rechtvaardig en rechtvaardig/werkbaar qua uitkomst) tegen zo laag mogelijke kosten (financieel, emotioneel, tijdsverloop).

Dit literatuuroverzicht laat een grote variëteit zien aan kansrijke vernieuwingen en een groeiende mate van nuttige specialisatie. In zo'n veld wordt centraal gestuurde vernieuwing minder zinvol en die kan zelfs verkeren in een beletsel voor innovatie. De kunst is om de wenselijke vormen van innovatie verder te stimuleren. Daarvoor doet het artikel tot slot enige suggesties.

1 INLEIDING

1.1 Een basis voor procesinnovatie

Doel van dit artikel is een overzicht te bieden van literatuur die inzicht geeft in wat werkt in de berechting van civielrechtelijke conflicten. Daarbij valt te denken aan incasso's, letselschadezaken, bedrijfsmatige conflicten en burengeschillen die nu in de standaard dagvaardingsprocedure worden behandeld, maar ook om familierechtelijke, arbeidsrechtelijke

en huurrechtelijke conflicten die in gespecialiseerde afdelingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) zijn geregeld.

Goed inzicht in wat werkt is urgent. Er wordt druk gesleuteld aan de procesrechtelijke wetgeving, terwijl de Raad voor de rechtspraak vergaande plannen heeft voor digitalisering van procedures.¹ Dit is hét moment waarop innovatie een stimulans kan krijgen. Dit is ook hét moment waarop innovatie kan verstarren, doordat een vernieuwde wet of een gekozen vorm van automatisering bepaalde wegen naar verbetering voor vele jaren uitsluit.

1.2 *Wat werkt: vanuit welk perspectief?*

Er zijn vele perspectieven mogelijk op een goed werkend procesrecht. Gaat het om handhaven van privaatrecht? Oplossen van geschillen? Voorkomen van escalatie? In dit artikel neem ik aan dat het doel van het procesrecht is: geschillen zo rechtvaardig mogelijk oplossen tegen zo laag mogelijke kosten.

De vraag is dan welke procedureontwerpen partijen en de rechter stimuleren om zich zo te gedragen dat dit doel wordt bereikt en gedrag te vermijden dat tegen dit doel ingaat.

Dat is nog steeds een vrij algemene vraag, die op veel verschillende manieren kan worden benaderd. Gelukkig zijn er lijnen te ontdekken in de gedachtevorming over wat rechtvaardige(r) routes richting geschilbeslechting zijn.² Een steeds vaker gebruikt ijkpunt is de literatuur over wat partijen in een geschilprocedure als belangrijk ervaren. Het gaat dan om:³

- procedurevormen die als rechtvaardiger worden ervaren (procedurele rechtvaardigheid, zoals gehoord worden, participatie, respect, accurate vaststelling van feiten, tijdige informatie over de procedure);
- uitkomsten die de belangen van partijen beter waarborgen en duurzamer zijn (door middel van een schikking of een beslissing) en die eerlijker, billijker zijn (distributieve rechtvaardigheid, beter herstel van nadeel).

Voor wat betreft kosten kan worden onderscheiden tussen de kosten van de voorzieningen, maar ook de emotionele kosten van een procedure (stress), eventuele schade aan relaties en de schade door het uitblijven van een tijdige oplossing.

Er is vaak – en terecht – op gewezen dat de ambitie van het procesrecht niet kan zijn dat ieder geschil daadwerkelijk wordt opgelost in de zin dat de gevonden oplossing door

1 Zie het gemeenschappelijke programma Kwaliteit en Innovatie (KEI) van het ministerie van Justitie en de Raad voor de rechtspraak.

2 Zie bijvoorbeeld Menkel-Meadow & Garth 2010.

3 Menkel-Meadow & Garth noemen in navolging van Zuckerman & Tyler: *accuracy, efficiency, access, substantive justice* en *procedural justice* als de waarden die het procesrecht borgt.

beide partijen volledig wordt aanvaard en als het ware uit het leven van partijen verdwijnt. Wel kan de leidraad voor de rechtspraak bijvoorbeeld zijn om partijen zo dicht als mogelijk tot elkaar te brengen en de resterende ruimte te overbruggen met een finale beslissing over het geschil ‘waarmee partijen het zullen moeten doen’.⁴

Waarom is het perspectief van rechtvaardige geschiloplossing tegen zo laag mogelijke kosten zo aantrekkelijk en wordt het steeds meer aanvaard? Ten eerste omdat de mate waarin een bepaalde procedure deze doelen bereikt, ook empirisch onderzoekbaar is,⁵ zodat het ontwerpen van procedures meer wordt dan een strijd tussen intuïties van specialisten of een belangenstrijd tussen deurwaarders, advocaten en andere professionals. Tegelijk liggen deze doelen dicht aan tegen de waarden die zijn belichaamd in de bestaande procedureregels en in het materiële privaatrecht.⁶ Rechters en rechtshulpverleners kunnen zich als professional bovendien vrij gemakkelijk identificeren met rechtvaardigheid en oplossingen die voor partijen, de bredere omgeving en voor het juridische forum aanvaardbaar zijn.⁷

1.3 *Complexiteit*

Een goede procedure ontwerpen of innoveren is veel meer dan het opschrijven van een aantal regels, die vervolgens verder worden toegepast en ingevuld door precedënten. Het is in zekere zin te vergelijken met het tot stand brengen van een goede smartphone. Er zijn honderden elementen en onderdelen die goed in elkaar moeten grijpen. Mensen met verschillende rollen in de keten moeten hun gedrag onderling kunnen afstemmen, dus er is veel communicatie nodig. Ieder moet meer voordeel uit de procedure halen dan zijn lasten zijn, want anders doen partijen, rechtshulpverleners, griffiers of rechters waarschijnlijk niet meer mee. Er zijn ook allerlei aanvullende diensten die op het platform van de procedure moeten kunnen draaien, zoals expertise, mediation, rechtshulp, juridische informatieverschaffing en deugdelijke oproeping van verweerders. Ieder van die elementen heeft zijn eigen gedragseffecten en iedere gedraging roept weer reacties van anderen in de keten op.

Een goed ontwerp voor een procedure houdt rekening met een grote verscheidenheid aan mogelijke gedragingen van partijen. In een echtscheiding of een bedrijfsgeschil kunnen mensen heel verschillende soorten belangen hebben, hun emoties op verschillende soorten uiten of anders geïnformeerd zijn over hoe ze zich in de procedure zouden moeten opstellen. Er kan sprake zijn van strategisch procesadvocatengedrag om de wederpartij op

4 Om even in bestuursrechtelijke termen te spreken.

5 Barendrecht & Gramatikov 2010.

6 De beginselen in Boek 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; art. 6 EVRM; art. 3:12 BW.

7 Hartendorp 2008.

het laatste moment met informatie te overvallen of van een zwakbegaafde gedaagde die een totaal ander perspectief heeft op zijn verzamelwoede dan de burens die gek worden van de rommel in de achtertuin en alle vogels die dit aantrekt. Advies en rechtshulp zijn er – zo blijkt uit *legal needs studies* – in tientallen verschillende gedaanten, ieder opererend van net iets andere doelstellingen en vaak met net iets andere economische prikkels.⁸

Geslaagde nieuwe procedures kunnen dus moeilijk anders ontstaan dan uit een zeer intensief leerproces. Het is echte innovatie, waarin stap voor stap en in verschillende versies ontwikkeling moet plaatsvinden. Het aantal gedragsaspecten daarvan dat kan worden onderzocht, is immens.

1.4 Meest urgente vragen

In dit artikel richt ik mij op een aantal grote ontwerp vragen en de daarvoor relevante kennis. Er zijn immers elementen van het ontwerp van een procedure die weinig spannend meer zijn. Er is al veel onderzoek naar gedaan dat in grote lijnen bevestigt wat iedereen weet of zonder veel moeite kan beredeneren. Of er is om allerlei redenen zo'n grote mate van overeenstemming over, dat het niet urgent is om te weten wat de belangrijkste gedragseffecten van mogelijke varianten zijn.

Zo is het bijvoorbeeld (nationaal en internationaal) gemeengoed dat een zitting (ruim genomen als een vorm van dialoog en interactie tussen partijen en de rechter of een door de rechter ingeschakelde hulppersoon) een belangrijk element van de civiele procedure is. Voorts is er een grote mate van overeenstemming over het nut van regie of casemanagement door de rechter, zeker als het complexere procedures betreft. Zelfs in de *common law*-landen is duidelijk dat een onbegrensd feitelijk onderzoek ongewenste effecten heeft, zodat methodes nodig zijn om de feitengaring te begrenzen. Ook is duidelijk dat de grote hoeveelheid onbetwiste geldvorderingen een aparte snelle procedure verdienen, omdat het vooral gaat om tenuitvoerlegging en betalingsregelingen.

Nog meer controversieel en daarom het meest interessant om te behandelen zijn:

- de mate en wijze van specialisatie van civiele rechtspraak;
- de vraag hoe de intake van de visies van de beide partijen moet plaatsvinden (eis, verweer, probleem);
- in welke mate en hoe partijen zelf informatie (over feiten) delen en uitwisselen;
- de optimale wijze van begeleiding door de rechtspraak bij schikken/onderhandelen;
- de diepgang van feitenonderzoek;
- het stapsgewijs groeien naar een eindbeslissing van voorlopige oordelen tot en met beroepen;

8 Zie voor een overzicht Barendrecht c.s. 2012, p. 27 e.v.

- de wijze waarop kosten van procedures (experts, advocaten, griffierechten) worden verdeeld en de rechtspraak wordt gefinancierd.

Als ik deze onderwerpen behandel, zal ik steeds laten zien welke gedragsvragen en gedragseffecten daarbij centraal staan en wat we daarover wel en niet weten.

1.5 Data

Anders dan voor het strafrecht, waar twee hele wetenschappen zich richten op empirische kennisontwikkeling (criminologie en victimologie), is er internationaal geen geconcentreerde beweging die het gebied van civiele rechtspleging in kaart brengt, al hebben we in Nederland nu de civilologie als nieuwe discipline aanvaard. Het dichtst in de buurt van een onderzoeksprogramma naar civiele rechtspleging komt de Australische Attorney General (te vergelijken met ons ministerie van Justitie) die systematisch de *evidence base* voor *civil justice* probeert te versterken.⁹

De volgende soorten data over de werking van civielrechtelijke procedures kunnen worden onderscheiden:

- idealiter zou een procedure verbeterd kunnen worden door stapsgewijs potentiële verbeteringen te ontwikkelingen en vervolgens te testen welke variant betere resultaten oplevert in een experiment waarbij echte partijen willekeurig worden toegewezen aan die varianten. Dit type onderzoek is tot nu toe nauwelijks gedaan. Sinds kort probeert Harvard-onderzoeker James Greiner¹⁰ er furore mee te maken en in Nederland heeft Gijs van Dijk enige RCT-onderzoeken in bewerking;
- Kwalitatief en kwantitatief onderzoek naar ervaringen van partijen en andere procesdeelnemers in procedures en beschrijvingen van hun gedrag in procedures;
- Experimenteel (laboratorium)onderzoek in (vooral) de sociale psychologie en de experimentele economie;
- Theoretische rechtseconomische analyses (met in begrip van speltheorie) op basis waarvan gedrag wordt voorspeld;¹¹
- Internationale trends in innovatie en ontwikkeling van procedures;
- Waarnemingen van experts over wat al dan niet werkt, verzameld door kwalitatief of kwantitatief onderzoek;

⁹ Programma: *Building an evidence-base for the Civil Justice System*. Zie bijvoorbeeld Sheen & Gregory 2012 met een zeer nuttig overzicht over de gaten in de literatuur.

¹⁰ Greiner c.s. 2012 en 2013.

¹¹ Zie Shavell 2004, Chapter IV; Parker 2009 voor goede inleidingen en San Chirico (red.) 2012 voor een uitvoerig handboek.

- Voorkeuren van gebruikers van procedures die afgeleid kunnen worden uit hun keuzes voor bepaalde arrangementen boven andere.

Voor het navolgende heb ik in belangrijke mate kunnen bouwen op eerdere literatuuroverzichten.¹² Daarbij heb ik mij vooral gericht op de Engelstalige en Nederlandstalige literatuur van de laatste zes jaar.

1.6 *Keuzes die mensen in procedures (kunnen) maken als indicatie van wat werkt*

Hiervoor gaf ik aan dat een belangrijke indicatie over wat werkt, gelegen kan zijn in het daadwerkelijke gebruik van procedures. Dat criterium moet met de grootste voorzichtigheid worden gehanteerd. Het probleem is immers dat keuzes voor procedures door twee partijen moeten worden gemaakt, maar dat zij het in het meeste gevallen niet eens zullen worden zodra eenmaal een conflict is ontstaan. Vooral de verweerder heeft meestal weinig reden zich te onderwerpen aan een door de verzoeker voorgestelde procedure. Landes en Posner noemden dit het *submission problem*.¹³ Zij moeten dus vooraf wettelijk of contractueel gebonden worden aan een bepaalde procedure. Vervolgens is het aan de verzoeker om al of niet van die procedure gebruik te maken.

Soms heeft die verzoeker keuzes, zoals bijvoorbeeld tussen een voorlopige voorziening en een bodemprocedure, of tussen een geschillencommissie en de gewone rechter. In dat geval kan er uit zijn voorkeur iets worden afgeleid over de effectiviteit in relatie tot de kosten van die beide procedures voor die eiser. Ook dan moet echter met voorzichtigheid worden geredeneerd, want het kan zijn dat de aantrekkelijkheid van een procedure mede wordt bepaald door processuele voordelen die de verzoeker denkt te kunnen behalen op de verweerder, bijvoorbeeld door de mogelijkheid die op enorme kosten te kunnen jagen of te kunnen overvallen met een procedure.

In ieder geval mag niet worden geredeneerd dat een weinig gebruikte optie waar partijen samen voor zouden moeten kiezen, dus wel niet zal werken. Mediation, sprongcassatie, bewijsovereenkomsten, prorogatie bij het hof en de kantonrechtshandhaving van artikel 96 Rv komen relatief weinig of niet voor. Dat wil niet zeggen dat deze procedures ondeugdelijk zouden zijn. Integendeel, partijen die ze gebruikt hebben, evalueren deze opties over het algemeen positief.

12 Tyler 1997; Zuckerman c.s. 1999; Botero 2003; Islam 2003; Barendrecht c.s. 2006; Winkler 2008; Wojkowska & Cunningham 2010. Voor Nederland vormen de jaarlijkse kronieken rechtspleging van Giesen en Coenraad in het NJB de belangrijkste ingang.

13 Landes & Posner 1979.

Kort en goed: dat ‘partijen’ een bepaalde procesgang willen, is een uitspraak die altijd nader moet worden onderzocht. Wanneer beide partijen frequent samen een optie kiezen, is dat een zeer sterke indicatie dat deze procedure beter is dan de procedure waaruit *opt out* plaatsvindt. Blijven ze in de *default*, dan zegt dat heel weinig over de kwaliteit van de procedure. Het aantal keren dat een verzoeker kiest voor een procedure als percentage van het totaal aantal geschillen op dit terrein is wel een goede indicatie voor kwaliteit, tenzij deze keuze te verklaren is uit grote nadelen voor de gedaagde.

2 DE CRUCIALE ONTWERPVRAGEN

2.1 Specialisatie

De meeste experts zijn het erover eens dat gespecialiseerde procedures beter werken dan algemene civielrechtelijke procedures.¹⁴ Een kwalitatief onderzoek op basis van een aantal interviews met deelnemers aan Nederlandse gespecialiseerde procedures van Ondernemingskamer tot Pachthof bevestigde dit.¹⁵ In een vervolgonderzoek bleek er in het Nederlandse bedrijfsleven ook nog behoefte te bestaan aan verdere specialisatie.¹⁶ Voor juristen buiten de rechtspraak is (vergaande) specialisatie normaal en zal dit geen verrassing zijn. Een goede arbeidsverdeling werkt kostenverlagend, kwaliteitsverhogend en ook voor gespecialiseerde rechtspraakketens geldt dat de kring van mensen die er in werken, kleiner is en men elkaar vaker tegenkomt, zodat er meer belang ontstaat om de keten te stroomlijnen. Hansford vond aanwijzingen dat specialisatie de kans op vernietiging door het Amerikaanse Supreme Court vermindert.¹⁷

Een teken dat specialisatie vruchtbaar is, kan ook zijn dat rechters, als zij daar de ruimte voor krijgen, en bijvoorbeeld niet worden gedwongen om periodiek van sector te wisselen, zich daadwerkelijk specialiseren. Cheng onderzocht de werkverdeling tussen Amerikaanse federale appelrechters voor alle beslissingen tussen 1995 en 2005 en vergeleek de verwachte uitkomsten bij een willekeurige verdeling met de daadwerkelijke verdeling. Hij vond een aanmerkelijke graad van spontane specialisatie, waarbij rechters zich niet op één onderwerp toeleggen, maar wel bepaalde terreinen mijden als kiespijn en op andere drie tot tien keer zoveel uitspraken (*opinions*) schrijven als hun gemiddelde collega.¹⁸ Cheng geeft in zijn artikel ook een goed overzicht van de literatuur met voor- en nadelen van specialisatie.¹⁹

14 Botero c.s. 2003.

15 Böcker c.s. 2010.

16 Havinga c.s. 2012.

17 Hansford 2010.

18 Cheng 2008.

19 Zie voor een ander bruikbaar overzicht Baum 2009.

Hij noemt gegevens die erop wijzen dat de risico's van specialisatie (waaronder vooral beïnvloeding door belangengroepen en tunnelvisie) beperkt zijn en dat er een reeks van mogelijke voorzieningen is om de nadelen van specialisatie te verminderen.

Hoe te specialiseren, is daarmee echter nog niet gezegd. De tendens in innovatieprojecten is een specialisatie naar de specifieke problemen zoals burgers die ervaren en niet naar juridische specialismen.

Opknippen van procedures naar juridische kwalificaties lijkt minder effectief. Empirisch onderzoek hiernaar is nog schaars,²⁰ maar procesvernieuwing gaat vaak over het integreren van schadevaststelling in strafrechtelijke of administratiefrechtelijke procedures, het meenemen van sancties in een civiele dan wel administratieve zaken of de boedelverdeling in de echtscheidingsprocedure. Twee keer min of meer hetzelfde feitencomplex voorleggen aan verschillende rechters is waarschijnlijk inefficiënt en weinig bevredigend uit oogpunt van procedurele rechtvaardigheid.

2.2 *Hoe te beginnen: met eis en verweer als structuur of als drempel?*

Een traditioneel uitgangspunt van de civiele procedure is dat één van de partijen begint met een eis in te stellen. De procesinleiding aan een bepaalde vorm binden, heeft een eeuwenoude historie die teruggaat tot het Romeinse recht en in het Engelse recht ook een ordenende en zakelijke lading had. Door alleen bepaalde acties op bepaalde gronden en met bepaalde sancties toe te staan kon de overheid de macht van de rechtspraak inperken en kon geld worden gevraagd voor specifieke interventies.

Voordeel van een duidelijke eis, gronden daarvoor en verweren daartegen, is dat er een zekere afbakening van de rechtsstrijd plaatsvindt. De taak van de rechter wordt er duidelijk en controleerbaar door: hij loopt één voor één de grondslagen voor de eis langs en toetst of de verweren al dan niet opgaan. Verder is een proces met tegenover elkaar staande eis en verweer onder bepaalde condities beter in staat om de waarheid vast te stellen.²¹

Maar deze benadering heeft ook grote nadelen. De belangrijkste daarvan is de polarisatie die optreedt of wordt versterkt door een procedure met beschuldiging en verweer. Iedere partij is alleen verantwoordelijk voor de eigen positie. Wie een eis moet instellen of verweer moet voeren, zal al gauw overvragen of onderbieden. Dat hangt samen met de bekende *biases* die maken dat men de eigen positie overschat en die van de andere partij

20 Zie bijv. Schrama & Geurts 2012.

21 Met name als de partijen overlappende kennis over informatie hebben, terwijl een actievare rechter volgens de weinige empirische studies die er zijn, beter in staat is een partij te helpen die niet of nauwelijks kennis heeft over informatie in de handen van de wederpartij, Bull 2009.

niet goed overziet,²² maar (minder bekend) ook met de tactische overweging dat wie hoog inzet uiteindelijk een beter resultaat weet te behalen in onderhandelingen.²³

Dat de civiele procedure escalatiegedrag bevordert in plaats van vermindert, wordt vaak gezien als één van grootste zwaktes van deze geschilbeslechttingsvorm en één van de voornaamste redenen om die te vermijden. Dit wordt schrijnender, doordat er steeds meer literatuur komt die bevestigt hoe essentieel het is een gedragspatroon van beschuldiging en defensief gedrag te voorkomen of te doorbreken.²⁴ Zo'n patroon is de belangrijkste oorzaak van echtscheidingen.²⁵ Het veranderen van dit patroon is een prominent doel van mediationinterventies.²⁶ Onderhandelingsstijlen verbonden aan dit patroon zijn niet productief bij het vinden van oplossingen in zakelijke conflicten zoals in de bouwsector.²⁷

De structuur van eis, gronden en verweren kan partijen er ook toe brengen het proces ingewikkeld te maken. Een procedure met gelaagde vorderingen met meerdere subsidiaire verzoeken en veertien prealabele, tien inhoudelijke en zes procedurele verweren krijgt bijna onvermijdelijk een formeel karakter met soms onbevredigende uitkomsten die zich moeilijk verdragen met procedurele en inhoudelijke rechtvaardigheid. Barendrecht c.s. deden onderzoek naar wat procesdeelnemers als procesverstoring en procesbevorderend gedrag beschouwen. Het meest frequent werden irrelevante stellingen en verweren genoemd, wat een indicatie zou kunnen zijn dat het huidige procesmodel de neiging heeft om over een te breed front uit te waaiëren.²⁸

Procedurele complexiteit betekent dat partijen zonder rechtshulp op achterstand komen. Sandefur analyseerde het empirisch onderzoek naar de invloed van het inzetten van een advocaat op de uitkomst van procedures en laat zien dat die invloed relatief gering is als de procedure eenvoudig is (waarschijnlijk ook omdat de rechter dan meer in staat is om een partij met een zwakkere presentatie te helpen). De effectiviteit van het inzetten van een advocaat is vooral groot is als de procedure ingewikkeld is.²⁹ Of partijen daadwerkelijk een advocaat gebruiken, hangt weer vooral af van het type zaak en de omvang van het belang en (anders dan men zou verwachten) niet of nauwelijks van de hoogte van het inkomen, ook niet in landen waar relatief weinig gratis rechtsbijstand is.³⁰

Een derde probleem van de structuur met eis en verweer is dat deze partijen en de rechter uitnodigt om één oplossing voorop te stellen en daarop te focussen, terwijl in

22 Zie bijvoorbeeld Moffitt c.s. 2005, Part One Understanding Disputants.

23 Zie het experimentele onderzoek naar bargaining, overzichtelijk in kaart gebracht door Muthoo 1999. Vgl. ook de bijdrage van Enneking, Giesen & Rijnhout in deze bundel.

24 Allred 2005.

25 Braver & Lamb 2012.

26 Moore 2003, Part 3.

27 Cheung c.s. 2006.

28 Barendrecht c.s. 2011.

29 Sandefur 2010.

30 Kritzer 2008.

geschilbeslechting juist een zoektocht naar vele mogelijke oplossingen het beste lijkt te werken.³¹ Rechters komen vaak tot aanvaardbare oplossingen via creatieve voorzieningen die na een goede dialoog met partijen tijdens de zitting in een vonnis worden neergelegd in de vorm van een combinatie van verboden, geboden, controlemaatregelen en vergoedingen. De variëteit aan mogelijke sancties en nevenvoorzieningen is in het civiele procesrecht steeds groter geworden.

Er bestaan veel geschilbeslechttingsvormen die niet vanaf het begin de structuur van eis en verweer hebben. Bij de Belgische vrederechter kun je gewoon met een briefje een probleem aan de orde stellen, waarna de rechter een gesprek tussen partijen organiseert. Dat geldt ook voor een advocaat, een rechtsbijstandverzekeraar of een mediator die overleg met de wederpartij organiseert op basis van een vormvrij intakegesprek. In de VS was *notice pleading* tot voor kort voldoende om een proces te beginnen. Een verkeersslachtoffer kon bijvoorbeeld volstaan met een melding dat de gedaagde hem op onzorgvuldige wijze had aangereden. Het ging om een korte, simple verklaring die laat zien dat de eiser recht heeft op een voorziening.³² Ook in het Nederlandse strafproces komt de eis pas na het onderzoek ter terechtzitting.

De vraag is bovendien of de rechter die formele structuur van eis en verweer wel echt gebruikt om de richting te vinden. In de alledaagse Nederlandse rechtspraak gaat het in de praktijk veelal zo dat de rechter, binnen de ruime marges die het privaatrechtelijk normenstelsel laat, zoekt naar oplossingen die aanvaardbaar zijn voor partijen, voor de maatschappij en voor het juridisch forum.³³

In al deze geschilbeslechttingsvormen bepalen juridische normen wel de marges voor een passende oplossing. De oplossing die in een meer vrij zoekproces wordt gevonden, wordt achteraf getoetst aan het juridische normenkader. Dat heeft grote invloed op de omvang van (bijvoorbeeld) de schadevergoeding. Als die toetsing eerst later in het proces plaatsvindt en als het ware een soort controle is, dan zijn de eis en het verweer aan het begin van het proces wellicht nog niet zo nodig.

Er zijn dus goede argumenten om procedures te ontwikkelen en uit te testen waarin het niet nodig is om een proces te beginnen met één bepaalde eis. Wel is daarbij van belang dat in de loop van het proces, als een bepaalde oplossing boven komt drijven in de dialoog tussen rechter en partijen, voldoende hoor en wederhoor plaatsvindt over de mogelijke gevolgen van zo'n beslissing en over de juridische aanvaardbaarheid.³⁴

In de VS worden veel empirische studies verricht naar de effecten van de verhoogde drempel voor het instellen van een procedure. De standaard is nu verhoogd naar een zekere

31 Zie bijv. Moore 2003, Chapter 11.

32 Zie de gigantische literatuur over de arresten die bekend staan onder de roepnamen Twombly en Iqbal.

33 Hartendorp 2008.

34 Vgl. de rechtspraak van de Hoge Raad over het voorkomen van verrassingsbeslissingen, zie Crommelin 2007, p. 65 e.v.

mate van plausibiliteit dat een voorziening wordt gegeven, wat betekent dat meer feiten moeten worden aangevoerd. Verschillende studies vinden dat rechters daardoor in een eerdere fase meer claims afwijzen wegens onvoldoende plausibiliteit van de feiten met daaruit voortvloeiende besparingen in kosten van *discovery*.³⁵ Vaak komt in deze literatuur de vraag op of deze drempels voor een claim werkelijk nodig waren. Studies gedaan naar wat bij ons wel de claimcultuur heette, en in de VS de *litigation explosion*, hebben vrijwel steeds laten zien dat slechts een klein gedeelte van de mensen met een plausibele claim ook daadwerkelijk actie neemt. Kritzer, één van de meest productieve onderzoekers van claimgedrag, bevestigde dit patroon recent in een indrukwekkende meta-analyse van data uit vijf landen.³⁶

2.3 Informatie (over feiten) uitwisselen

Een belangrijk onderdeel van de procedure is de organisatie van het feitenonderzoek. Daarbij bestaan er theoretisch twee hoofdvarianten. In de ene geven partijen elkaar in beginsel toegang tot alle informatie die de ander relevant acht, zoals in een Amerikaanse *discovery*-procedure. De andere variant is dat partijen eerst hun visie op het conflict geven en dat vervolgens door regels en onder toezicht van de rechter wordt bepaald welke partij welke feiten moet inbrengen en/of bewijzen. In de praktijk groeien deze twee systemen naar elkaar toe. In de Amerikaanse procedure is de *discovery* gereguleerd en blijkt er gemiddeld minder van gebruik te worden gemaakt dan de excessen doen vermoeden.³⁷ In Nederland zijn juist de mogelijkheden van openlegging van stukken en bewijsbeslag verruimd.³⁸

Als partijen meer informatie delen, gaan ze zich dan redelijker opstellen in onderhandelingen? Dat blijkt er volgens het weinige onderzoek dat er is vanaf te hangen of de informatie multi-interpretabel is (dan is er weinig effect of juist een bevestiging van het eigen beeld) dan wel maar voor één uitleg vatbaar is (dan bewegen hun standpunten zich wel naar elkaar toe).³⁹ Als de procedure ertoe dwingt om ook het standpunt van de wederpartij weer te geven (zoals in Nederland is ingevoerd met de substantiëringsplicht van art. 111 lid 3 Rv), leidt dat niet noodzakelijkerwijs tot meer reflectie op de relatieve zwaktes van de eigen positie, zo lijkt het.⁴⁰

Een bezwaar tegen verplichtingen om al in de eerste fase van het proces alle informatie en alle mogelijke punten van geschil in te brengen is dat het kosten naar voren haalt. Dat

35 Gelbach 2011; Dodson 2012.

36 Kritzer 2008.

37 Zie de volgende overzichten van empirische literatuur: McKenna & Wiggins 1997; Lee & Willging 2010.

38 Zie de rechtspraak en literatuur op art. 843a Rv, waarover Sijmonsma 2010.

39 Loewenstein & Moore 2004.

40 Babcock c.s. 1997; zie ook Botter 2009.

wordt bevestigd door onderzoek naar de effecten van de zogenoemde *Woolf Reforms* in Engeland.⁴¹

Dit gegeven sluit aan bij de veel gehoorde klacht van rechters en procespartijen wereldwijd dat de omvang van de documentatie in civiele procedures steeds groter wordt.⁴² Beheersing van de informatiestromen is één van de voornaamste redenen om de rechter in een vroeg stadium in te schakelen. De rechter kan dan gerichte vragen stellen en om nadere informatie vragen als hij of zij dat nodig acht om tot een verantwoorde beslissing te komen.

2.4 *Wijze van begeleiding bij schikken en informatieverzameling*

Er kan geen twijfel meer over zijn dat het vinden van een oplossing door partijen gezamenlijk in de praktijk een belangrijk doel van de procedure is. In de VS is de trend dat ongeveer twee derde van de bij de rechter aangebrachte zaken in enig stadium wordt geschikt.⁴³ In ons land worden serieuze geschillen ongeveer acht keer zo vaak door partijen en hun rechtshulpverleners zelf opgelost dan door een neutrale derde beslecht.⁴⁴

Een opvallend artikel pleitte dan ook recent voor het omvormen van de *Federal Rules of Civil Procedure* in *Federal Rules of Civil Settlement*.⁴⁵ De kwaliteit van al die schikkingen en het proces daarheen is dan immers essentieel voor ons rechtssysteem. Er bestaat nog weinig onderzoek dat daarin systematisch inzicht geeft.⁴⁶ Van der Linden vond dat 32% van de civiele comparities bij de Rechtbanken Den Bosch en Utrecht tot een schikking leidden, waarvan een klein deel tot wat rechters een dwangschikking plegen te noemen.⁴⁷ Maar wat onder direct toezicht van een rechter in een vrij laat stadium van de procedure gebeurt, zegt nog weinig over de kwaliteit van de schikkingen die eerder in de schaduw van of tijdens de procedure worden getroffen. Hoe werken machtsverschillen hier uit? Wat is het effect van het vooruitzicht jaren te moeten procederen en hoge kosten te moeten maken op de uitkomsten?⁴⁸

Wat brengt partijen ertoe zich zo te gedragen dat een rechtvaardige oplossing waarschijnlijker wordt? Uit sociaalpsychologisch laboratoriumonderzoek is af te leiden dat partijen relatief makkelijk kunnen worden gestimuleerd om zich coöperatief op te stellen

41 Zie enige beperkte data in Fenn c.s. 2009.

42 Zie voor een interessante methodiek om dit te onderzoeken Kesan & Ball 2006.

43 Eisenberg & Lanvers 2009.

44 Volgens Van Velthoven c.s. 2009, p. 134 heeft 6,5% een beslissing in een procedure als eindpunt, 53% overeenstemming tussen partijen.

45 Glover 2012.

46 Peters 2007 en Freeman Engstrom 2011.

47 Van der Linden 2010, p. 79 e.v.

48 Zie Clermont 2009 voor een overzicht van de empirische literatuur met nog weinig aandacht voor deze fundamentele vragen.

en gemotiveerd kunnen worden om een schikking te bereiken.⁴⁹ Dat kan door middel van instructies en aanwijzingen, door middel van taalgebruik (partner in plaats van tegenstander, gezamenlijk op te lossen probleem in plaats van conflict), of door middel van beloning en straf. Belangrijk lijkt op basis van dit onderzoek ook om partijen te stimuleren om zich cognitief in te spannen om een optimale oplossing te bedenken. Ongunstig lijkt te grote tijdsdruk op het bereiken van een schikking, zoals die kan ontstaan tijdens een comparitie na antwoord zonder mogelijkheid tot een verdaging naar een volgende zittingsdag.

Van der Linden geeft in haar proefschrift inzicht in het gemiddelde verloop van zittingen in Nederlandse comparities en de effecten daarvan op het bereiken van een schikking. Ook vat zij de internationale zoektocht naar de optimale inrichting van een zitting goed samen.⁵⁰ Robinson deed verschillende zeer interessante onderzoeken naar de praktijken die schikkingsrechters zeggen te hanteren en de effecten daarvan. Hij vond een enorme variëteit aan manieren van optreden, van directief tot zeer faciliterend, en met gebruik van allerlei technieken. Correlerend met het bereiken van een schikking zijn volgens zijn onderzoek onder meer het vragen van concessies aan partijen, het vermijden van tijdslimieten en het tonen van empathie.⁵¹ De grote variëteit aan werkwijzen is intussen voor partijen een probleem, omdat zij zich niet goed kunnen voorbereiden. Zij zouden dus graag vooraf informatie krijgen over hoe de zitting zal gaan verlopen.⁵²

In Nederland werd onderzoek gedaan naar wat procesdeelnemers als procesverstoring en procesbevorderend gedrag beschouwen en hoe vaak dat voorkomt. Hieruit bleek onder meer dat partijen van de rechter verwachten dat hij actief en ordenend optreedt, dat rechters nauwelijks gebruikmaken van sancties en dat zij ook geen behoefte hebben aan uitbreiding van hun repertoire.⁵³ Dit bevestigt het ook door Robinson geschetste beeld van een rechter die zich meer open, faciliterend en vriendelijk opstelt en niet zo zeer sanctionerend.

Was tot voor kort een belangrijke innovatie dat rechters gingen verwijzen naar mediation, wereldwijd lijken (op vrijwillige keuze door beide partijen gebaseerde) *court annexed ADR*-programma's langzaamaan betekenis te verliezen. De waardering was weliswaar groot en de bereikte schikkingspercentages meestal flink boven de 50%, maar ze leverden weinig tijdswinst en kostenbesparingen op.⁵⁴ Het percentage partijen dat het eens werd om de zaak halverwege een procedure toch maar aan een mediator voor te leggen,

49 Zie Barendrecht & Klijn (red.) 2004.

50 Van der Linden 2010, p. 33 e.v. en 151 e.v.

51 Robinson 2009 en 2012. Zie ook Semple 2012.

52 Zie Van der Linden 2010, p. 125 e.v. die relatief lage scores voor informatiele rechtvaardigheid vond.

53 Barendrecht c.s. 2011.

54 Heise 2008.

bleef beperkt.⁵⁵ Alleen als mediation verplicht wordt, zoals onlangs in Italië,⁵⁶ wordt een aanzienlijk deel van de zaken daarnaar verwezen.

Dit is echter geen slecht nieuws voor de integratie van de zo nuttige mediationmethoden in de geschilbeslechting. De trend is nu dat rechters zelf mediationvaardigheden gaan toepassen om samen met partijen oplossingen te bereiken. Robinson vond dat 71% van de door hem geïnterviewde rechters het aanvaardbaar vindt om *judicial mediation* te doen in de eigen zaken, maar het nog niet altijd zo (durven te) noemen.⁵⁷ Wissler peilde de opvattingen van advocaten die een voorkeur hadden voor mediation door een assistent van de rechter boven mediation door de rechter zelf of door een externe mediator, mede omdat die hulpkrachten goede aandacht aan de zaak geven.⁵⁸ Dat mediation geïntegreerd wordt in het hart van de rechtspraak, in of om de zitting, lijkt een duidelijke trend.

De intensieve hulp die de rechter is gaan geven bij het vinden van oplossingen door partijen zelf is ook een aanleiding om opnieuw te kijken naar de aansluiting tussen de rechterlijke interventie en het voortraject waarin partijen zelf een oplossing proberen te vinden. Ketenpartners in bijvoorbeeld de letselschadebranche, de keten rond burenc conflicten en de partijen in ondernemingsrechtelijke geschillen plegen het te waarderen als de rechter beschikbaar is voor een vroege interventie en ordenend optreden in het proces.⁵⁹ Verschillende onderzoeken bevestigen dat dit een verwachting is van de kant van zowel advocaten als van procespartijen.⁶⁰ Een passieve, luisterende rechter, die alleen maar de spreektijd verdeelt, wordt steeds meer uitzondering. Langzamerhand wordt zo'n rechter zelfs gezien als iemand die zijn werk niet doet.

Hier is overigens nog heel wat innovatie mogelijk. Uit data over de rechtspraak in de landen van de Raad van Europa blijkt dat Nederland uniek is in vergelijking tot alle landen om ons heen in het weinige gebruik dat wordt gemaakt van niet-rechters als hulpkrachten.⁶¹ Dat kan zowel als lid van een panel (bijvoorbeeld een accountant die samen met een rechter een bedrijfsgeschil beslecht), als eerstelijnsrechter (zoals vrederechters of in ontwikkelingslanden informele rechtspraak in afgelegen dorpen) dan wel als facilitator die samen met partijen een oplossing zoekt en de overblijvende geschilpunten panklaar voor de rechter ter beslissing serveert. In Italië heeft de (vaak verplichte) mediator de bevoegdheid

55 Baarsma & Barendrecht 2012.

56 Voor onder meer huur, verkeersschade, medisch letsel, appartementsrechten en zaken over financiële diensten, zie Legislatief Decreet 28, 10 Maart 2010 en de literatuur daarover.

57 Robinson 2006.

58 Wissler 2011.

59 De nieuwe deelgeschillenprocedure bij letselschade is een voorbeeld van tegemoetkomen aan de vraag uit de keten.

60 Zie de surveys gerapporteerd in Gerety 2011 en voor Nederland Barendrecht c.s. 2011.

61 CEPEJ 2012, p. 152 e.v.

gekregen om partijen een schikkingsvoorstel te doen. Wie vervolgens doorprocedeert en het slechter doet dan het voorstel betaalt de proceskosten.⁶²

De geschilbeslechting kan ook worden gefaciliteerd door online intakeformulieren, informatie en handleidingen die geleidelijk uitgroeien tot *online litigation platforms*.⁶³ Zeker in combinatie met online toegankelijke persoonlijke hulp kan dat tot geschilbeslechtingsprocedures leiden met een hoge klantwaardering van beide partijen.⁶⁴ Voor gespecialiseerde procedures in veelvoorkomende geschillen kunnen deze platforms er ook toe dienen om informatiestromen te kanaliseren.

Een belangrijk voordeel van online geschilbeslechting is dat makkelijk data kunnen worden verzameld over welke voorzieningen wel of niet worden gebruikt en wat de waardering voor bepaalde voorzieningen is. Zo kan civiele geschilbeslechting werkelijk *evidence based* worden.⁶⁵

2.5 Diepgang van feitenonderzoek: bewijsrecht en expertise

Een groot dilemma is ook hoe diep een feitenonderzoek uiteindelijk moet gaan. Uitvoerige bewijsvoering met het horen van getuigen, onderzoek naar de precieze omvang van alle schadeposten of de inzet van deskundigen is over het algemeen het kostbaarste deel van een procedure. Het gaat daarbij niet alleen om de kosten van aan experts uitbesteed onderzoek, maar ook om de extra uren die alle procesdeelnemers bezig zijn met het organiseren van het onderzoek en het verwerken van de uitkomsten.

Er zijn enkele onderdelen van het huidige systeem van bewijsrecht die controversieel zijn. De rechter mag naar huidige rechtspraak van de Hoge Raad geen getuigenverhoor weigeren op basis van een prognose dat er weinig uit zal kunnen komen. Lagere rechters willen echter hun ervaring gebruiken om in te schatten of getuigenverhoor zinvol kan zijn. Een veelgebruikte manier om nader feitenonderzoek te vermijden is om een partij te verwijten dat deze zijn stellingen onvoldoende gemotiveerd heeft. Dit werkt mogelijk in de hand dat partijen meer en over meer dingen gaan uitwiden. Onderzoek daarnaar zou een belangrijke leemte kunnen opvullen.

Intussen is de internationale trend dat in de overgrote meerderheid van de civielrechtelijke geschillen geen volledig feitenonderzoek plaatsvindt. Een getuigenverhoor of deskundigenbericht komt volgens rechters in minder dan 10% van de zaken voor. In de VS gaat nog maar 1% van de zaken in de gewone rechtbanken tot en met een *trial*.⁶⁶

⁶² Zie het in noot 56 genoemde decreet, art. 13.

⁶³ Van Veenen 2011; Rabinovich-Einy & Katsh 2012.

⁶⁴ Gramatikov & Klaming 2012.

⁶⁵ Vgl. Rule c.s. 2010; Rabinovich-Einy & Katsh 2012.

⁶⁶ Langbein 2012.

In het voortraject ontwikkelen zich allerlei manieren om zonder uitputtend feitenonderzoek tot een aanvaardbare beslissing te komen. De eerder besproken vormen van tussenbeslissingen zijn daar een onderdeel van. Maar het gaat ook om bewijsregels. Over de gedragseffecten daarvan is nog erg weinig bekend. Soms ontstaat een regel of praktijk dat de rechter oordeelt op basis van feiten die hij aannemelijk acht. Te denken valt aan schadebegroting, maar ook aan ontslagprocedures en echtscheidingszaken waarin belangen worden vastgesteld in de meer vrije bewijsrechtcontext van de verzoekschriftprocedure.⁶⁷ Ook zijn er talloze vormen van voorlopige oordelen en tussenbeslissingen mogelijk op basis van wat over en weer is gesteld en verder gebleken, bijvoorbeeld in antwoord op vragen gesteld op de zitting.

Eén van de gebieden waarop veel innovatie plaatsvindt, is de inschakeling van deskundigen. Een (gerandomiseerd) onderzoek of het gunstiger is om in letselschadezaken met één neutrale medisch adviseur te werken of met twee partijadviseurs loopt.⁶⁸ In Australië is een procedure ontwikkeld waarin twee partijdeskundigen tijdens een zitting gestructureerd ondervraagd worden over de punten die ze verdeeld houdt. Deze werkwijze, populair geworden onder de naam *hot tubbing*, lijkt een aanzienlijke mate van tevredenheid op te leveren.⁶⁹

2.6 Toegroeien naar een eindbeslissing: voorlopige oordelen en hoger beroep

Er is een omvangrijke empirische literatuur over het totstandkomen van het rechterlijke oordeel en alle mogelijke fouten die daarbij kunnen worden gemaakt. Nu deze recent is samengevat in een voor het Nederlandse publiek toegankelijke publicatie door één van de topexperts op dit terrein, ga ik daar niet uitvoerig op in.⁷⁰

De belangrijkste ontwerp vragen lijken op dit moment te zitten in de manier waarop de partijen en de rechter stap voor stap naar een oordeel toegroeien. In Nederland valt qua mogelijke oordeelsmomenten alleen al te denken aan een beslissing in het kader van voorschot in kort geding, een voorlopige voorziening naar aanleiding van een beslaglegging (opheffingskortgeding), een voorlopig oordeel ter comparitie, voorlopige of meer definitieve beslissingen in een tussenvonnis, de wijzigingsbeslissingen die bijvoorbeeld in het echtscheidingsrecht mogelijk zijn en de eerder genoemde deelgeschillenrechter in letselschadezaken.⁷¹ Er zijn ook vragen rond de interactie met partijen (welke vorm van voorlopige oordelen werkt het best?), de mogelijkheid van een mondeling vonnis, het eventueel voorleggen van een conceptoordeel, het geven van nazorg na bijvoorbeeld twee maanden

67 Zo bijv. in Nederland bij begroting van schade, zie art. 6:97 BW en de jurisprudentie daarover.

68 Project 1 Medisch Adviseur, www.1medischadviseur.nl onderzoek uitgevoerd door G. Van Dijk.

69 Edmond 2009.

70 Rachlinski 2012. Zie ook de bijdrage van Rijnhout, Giesen en Enneking in deze bundel.

71 De Groot 2011.

(hebben partijen het geschil kunnen beëindigen? hoe heeft de beslissing daarbij geholpen?), correctie in dezelfde instantie en controle in hoger beroep.

De tendens in de literatuur is – zoals gezegd – dat een vroege inschakeling van de rechter of een hulpkracht uit diens organisatie het beste werkt. Duidelijk is ook dat een voorlopig oordeel op een deelonderwerp in een belangrijke behoefte voorziet.⁷² In gewone civiele zaken is vervolgens de afstand tot een einduitspraak in eerste instantie niet al te groot meer. Die volgt vaak na de zitting, en alleen in uitzonderingsgevallen na verder partijdebat of bewijslevering. Wel is het schrijven van een uitvoerig gemotiveerd civiel vonnis een belangrijke kostenpost voor de rechtspraak.

Vervolgens kan de prijs en de duur van de procedure in het huidige hoger beroep echter nog een belangrijk beletsel zijn voor een effectieve geschilbeslechting. Nederlandse gerechtshoven zijn dan ook druk bezig met iets wat wel op een herpositionering begint te lijken, met onder meer comparities voordat de grieven worden ingediend.⁷³ In de literatuur heeft Shavell een aanzet gegeven voor een meer afgestemd ontwerp van hoger beroep die met dit soort aspecten rekening houdt.⁷⁴ Maar er is behoefte aan meer onderzoek naar een betere opzet van de manier waarop de rechtspraak stapsgewijs naar uiteindelijke beslissingen toegroeit en de effecten die dit kan hebben.⁷⁵

In veelvoorkomende zaken, zoals ontslagzaken of consumentenzaken over financiële producten, kan de interactie met de hoogste rechtspraak tot grote vertragingen en onzekerheid leiden. Het is maar de vraag of de nieuwe prejudiciële cassatieprocedure daar werkelijk een voldoende deel van de oplossing voor biedt. In ieder geval heeft er geen diepgaande analyse van de mogelijke gedragseffecten rond deze problematiek plaatsgevonden voor de invoering van de wet.⁷⁶

Rechtsvorming vindt ook plaats via rechtersregelingen die sneller tot stand kunnen komen, dichterbij de afnemers van rechtspraak en de ketenpartners, een variëteit van ervaringen en gevallen kunnen meenemen en een groter aantal verschillende perspectieven kunnen meenemen.⁷⁷ Door hun grotere mate van detail en precisie, en het minder verplichtende karakter van deze richtlijnen, zijn zij een belangrijk middel geworden om innovatie in het procesrecht te consolideren.

⁷² Zie Van der Linden 2010 voor een aantal mogelijke varianten.

⁷³ Dozy 2012.

⁷⁴ Shavell 2010. Zie voor verdere ijkpunten voor ontwerpen van een goede relatie tussen verschillende instanties ook Barendrecht & De Hoon 2006, p. 51 e.v.

⁷⁵ Kingma 2010.

⁷⁶ Giesen 2011. Zie inmiddels Van Kampen & Giesen 2013 voor enige data.

⁷⁷ Teuben 2004; Dijksterhuis 2008.

2.7 Financiering

Civiele rechtspleging moet ook worden gefinancierd. De wijze waarop de kosten worden verdeeld en waarop procesdeelnemers voor hun diensten worden betaald, kan grote invloed op gedrag in procedures hebben.

In het huidige Nederlandse procesrecht zijn geen expliciete mechanismen ingebouwd om de kosten van het proces proportioneel te laten zijn in verhouding tot het belang. Sluijter vond weinig aanknopingspunten voor de veronderstelling dat kostenveroordelingen een instrument kunnen zijn voor het vermijden van overbodige kosten.⁷⁸ Bij hem is ook een goed overzicht van de overvloedige rechtseconomische en empirische literatuur te vinden.

Wel is er – mede door het financieringssysteem waarin de rechtspraak een vast bedrag per zaak krijgt betaald – een zekere prikkel op de rechter om het feitenonderzoek in de hand te houden. Een interessante casestudy zou hier Duitsland zijn, waar advocaten traditioneel met een vast bedrag worden beloond, gekoppeld aan de fasen van een procedure die wordt doorlopen. Ook griffierechten worden per fase en per soort (gespecialiseerde) procedure berekend, in een zeer gedetailleerde bijlage bij de wettelijke regeling.⁷⁹ Zowel advocaten als de rechter hebben er dus belang bij dat de procedure effectief wordt gevoerd. Is er een verband met gemiddelde doorlooptijden in de orde van zes maanden?

Bij de Duitse rechtspraak komen alles bij elkaar € 3,5 miljard aan griffierechten binnen (overigens ook voor registratiewerk dat bij ons door de Kamer van Koophandel wordt gedaan).⁸⁰ Dat is per hoofd van de bevolking veel meer dan in Nederland, zodat de overheid weinig subsidie aan de rechtspraak hoeft te geven. Ook de kosten van gefinancierde rechtsbijstand zijn in Duitsland een fractie van de Nederlandse.⁸¹ Dat betekent weer dat de overheid geen – of veel minder – belang heeft om mensen die toegang tot het recht nodig hebben, weg te houden bij de rechter.

De literatuur over de gedragseffecten van verschillende financieringssystemen staat nog in de kinderschoenen. Webber onderzocht voor de Wereldbank hoe budgetten voor gerechten in een aantal landen tot stand komen en welke factoren daarbij een rol spelen.⁸² Baar c.s. vermelden een aantal studies over de wijze waarop verschillende financieringsbronnen voor gerechten kunnen worden benut. Ook geven zij een interessant overzicht van *best practices*.⁸³

78 Zie over de mogelijkheden van kostenveroordelingen om kosten te beheersen het onderzoek van Sluijter 2011.

79 Anlage 1 Gerichtskostengesetz.

80 CEPEJ 2012, p. 78.

81 CEPEJ 2012, p. 68.

82 Webber 2007.

83 Baar c.s. 2010.

3 CONCLUSIE

3.1 *Stand van de kennis over gedrag in civiele rechtspleging*

De empirische bestudering van gedrag in de ketens van de civiele rechtspleging is de afgelopen decennia goed op gang gekomen. De publicaties die hiervoor zijn genoemd, bevatten veelal literatuuroverzichten. Die verwijzen alles bij elkaar naar vele honderden waardevolle studies. En dan is er nog de beperking dat alleen is gekeken naar het Engelse en Nederlandse taalgebied. In Latijns-Amerika en China vindt veel innovatie plaats, vaak op een geheel eigen wijze die verrassend goed aansluit bij behoeften van burgers aan betere rechtsbescherming.

Zoals zo vaak bij sociaalwetenschappelijk onderzoek rond recht, is er niet één methode die er uitspringt als de meest geëigende manier om kennis te vergaren. Theoretisch rechtseconomisch onderzoek, enquêtes onder professionals, kwalitatief interviewonderzoek, interviews met procesdeelnemers, waarnemingen van procesgedrag, experimenten in laboratoria met studenten als proefpersonen en analyses van databases leveren ieder een substantiële bijdrage.

3.2 *Enige innovatietrends*

De empirische literatuur richt zich vaak op vernieuwingen in de jurisprudentie of in de praktijken van rechtspleging. Daarom geeft zij alles bij elkaar ook een indruk van de soort procedures die ontwikkeld worden voor de meest voorkomende geschillen.

Daarbij is het goed om eerst te kijken naar procedures die bedoeld zijn voor privépersonen. Gewone mensen kunnen vooral te maken krijgen met arbeidszaken, consumentenklachten over geleverde goederen en diensten, familiezaken, huurzaken en burencollicten. De trend in de innovatie van dit soort procedures lijkt te gaan richting procedurevormen die:⁸⁴

- relatief eenvoudig zijn in het gebruik, informeel qua taalgebruik, zodat gebruik van een rechtshulpverlener niet voor iedereen nodig is, en in de toekomst waarschijnlijk online worden ondersteund;
- gespecialiseerd, afgestemd op het probleem zoals partijen dat ervaren;
- met snelle interventiemogelijkheden door de rechter, online of op een zitting;
- gericht op het faciliteren van schikkingen en zonodig een oordeel door de rechter;
- met uitkiende mogelijkheden om de beslissing verder uit te werken en te corrigeren;

⁸⁴ Barendrecht c.s. 2012 en 2013.

- gebaseerd op aannemelijkheid van feiten zoals aangevoerd door de partijen, met in uitzonderlijke gevallen verder onderzoek;
- in belangrijke mate gefinancierd op basis van bijdragen van partijen;
- in zekere mate concurrerend: vaak is er naast formele rechtspraak ook een overheids-geschillencommissie of een vorm van private geschilbeslechting, waaruit de verzoeker kan kiezen.

In omvangrijkere procedures lijkt de innovatie te gaan in de richting van:

- casemanagement vanaf het vroegste stadium van het geschil;
- het stroomlijnen van de informatie die door partijen moet worden ingebracht;
- goede afstemming en timing van verschillende vormen van beslissingen en zo geleidelijk toegroeien naar einduitkomsten;
- arrangementen waardoor expertise neutraler kan worden en beter kan worden geïntegreerd in de oordeelsvorming.

3.3 *Grote variatie en innovatie vanuit de rechtspraak*

Dit literatuuroverzicht bevestigt dat innovatie in verschillende richtingen gaat. Op alle zeven besproken terreinen ervaart de rechtspraak dilemma's en worden vele varianten uitgetest. Bij de huidige stand van de wetenschap is – op deze terreinen – vaak nog niet te zeggen wat de beste koers is, al zijn er wel enige contouren zichtbaar. Er zijn nog te veel vraagstukken waarnaar weinig onderzoek is gedaan.

De innovatieliteratuur laat intussen zien, bevestigd door de ervaring met daadwerkelijke innovaties zoals in Nederland het kort geding, de comparitie na antwoord en de integratie van mediation, dat de beste veranderingen vanuit de praktijk worden ontwikkeld. Daar voelt men de pijn van familieleden, huurders, werknemers, slachtoffers, consumenten en ondernemers die niet goed genoeg worden geholpen met hun problemen of te lang in onzekerheid blijven. Daar kan ook de ruimte en de veelheid van perspectieven worden gemobiliseerd die nodig is om een nieuw model voor een zitting te ontwikkelen of beter aan te sluiten bij wat partijen nodig hebben om te schikken. Van daaruit bouwen rechters, wetenschappers en gebruikers van rechtspraak coalities om stap voor stap te timmeren aan verbeteringen door de hele keten. Daar vindt men uit wat kosteneffectief is. Dat is de plek waar keihard moet worden gewerkt om de vernieuwde procedure echt tot een succes te maken.⁸⁵

⁸⁵ Zie, met vele voorbeelden en verwijzingen naar de innovatieliteratuur, Barendrecht 2013.

3.4 *Implicaties voor wetgeving en innovatiebeleid civiele rechtspleging*

Dit heeft belangrijke implicaties voor proceshervorming. Traditioneel vindt die plaats langs de route van wetgeving die vervolgens wordt toegepast door lagere rechtspraak, gecontroleerd en in lijn gebracht door de hoogste rechtspraak. De literatuur die proceshervorming evalueert, is niet bijster enthousiast.⁸⁶ In Nederland hoeven we de woorden Fundamentele Herbezinning maar te noemen om dit te illustreren.

Proceshervorming zou vooral gericht moeten zijn op het mogelijk maken van innovatie. Uiteraard zijn er wel kaders nodig, maar die zitten uiteindelijk vooral in de beginselen van procesrecht en procedurele rechtvaardigheid. Net zoals een arts niet iedere dag herinnerd hoeft te worden dat hij patiënten beter moet maken, hoeft een rechter ook niet iedere dag aan de norm gehouden te worden dat hij partijen een rechtvaardige oplossing binnen het bestaande normenstelsel moet bieden. Rechtsvinding gebeurt in grote vrijheid, maar wel optimaal gebruikmakend van kennis en ervaringen over wat werkt.

Een lakmoesproef voor goede procesrechtwetgeving zou zijn of de trends die hiervoor zijn geschetst binnen dat kader mogelijk zijn en of nieuwe technische oplossingen zonder wetswijzigingen kunnen worden geïmplementeerd. Is het bijvoorbeeld mogelijk om te voorzien in:

- rechtspraak in de Engelse taal;
- oproeping via mail, post, sociale netwerken, sms, digitale identiteit, sociale netwerksites of allemaal tegelijk, om de kans op bereiken van de verweerder zo groot mogelijk te maken;
- een procedure te beginnen zonder een eis te hoeven indienen, maar met een (eventueel door een formulier verder ingekaderde) hulpvraag;
- griffierecht te heffen in stappen naar mate;
- deskundigen, accountants, psychologen, mediators, oud-rechters, minder zwaar opgeleide krachten als bijzitters of hulprechters in bepaalde typen zaken in te schakelen, zoals nu al bij de Ondernemingskamer gebeurt;
- naar keuze 1, 2, 4 of meer mensen in een kamer op te nemen;
- deskundigen van partijen gestructureerd samen horen (zgn. *hot-tubbing*);
- verschillende soorten formulieren en procesmodellen;
- nazorg na zittingen waarin teruggekeken wordt op de procedure of in vervolg op een uitspraak wordt gekeken naar tenuitvoerlegging of het maken van verdere (proces) afspraken.

Een stap verder zou gaan dat de wetgever innovatie niet alleen mogelijk maakt, maar ook stimuleert. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door (per probleemgebied) naast algemene

⁸⁶ Botero c.s. 2003; Genn 2012.

beginselen doelen te stellen die met een bepaalde procedure zo veel mogelijk moeten worden gerealiseerd en duidelijke referentiekaders voor wat er moet worden bereikt zonder dat precies wordt bepaald hoe dat wordt bereikt.⁸⁷ Daarbij valt te denken aan doorlooptijden, aan bepaalde kostenkaders, maar ook aan specifieke doelen voor bijvoorbeeld echtscheidingen die de verwachtingen van de samenleving van rechtspraak expliciteren. De vraag is eigenlijk steeds: wat moet de procedure voor partijen kunnen?⁸⁸

Er is bijvoorbeeld grote overeenstemming te verwachten over dat moderne echtscheidingsprocedures afgestemd moeten zijn op psychologische verwerkingsprocessen en de zakelijke/persoonlijke afspraken die partijen moeten maken. Doel is ook werkbare relaties tussen ouders en kinderen en economische zekerheid voor alle betrokkenen. Vechtscheidingen moeten worden voorkomen.

Voor procedures tussen bedrijven kan als doel vooropstaan dat voor het einde van het boekjaar zekerheid ontstaat over bestaan en omvang van verplichtingen uit contracten en dat afnemers en relaties van partijen zo min mogelijk bij procedures en/of bewijslevering worden betrokken. Bij vaststelling van schadevergoeding zou een neutrale benadering, geleid door de rechter, voorop kunnen staan om gepolariseerde debatten te voorkomen.

Een dergelijke benadering vanuit doelen en kaders legt de verantwoordelijkheid voor het ontwikkelen van procedures daar waar die het beste kan worden waargemaakt. Parlement en ministerie kunnen zich richten op het articuleren van wat de samenleving van procedures verwacht, in plaats van in detail met procesregels aan de gang te gaan waarvan men de implicaties erg moeilijk kan overzien en die ook niet echt brede politieke interesse wekken, wat vaak tot gevolg heeft dat het lobbywezen vrij spel krijgt.

Als deze weg niet gekozen wordt, dan zullen de capaciteit, de kennis en de diversiteit van de vaardigheden in het rechtsvormingsproces zeer aanzienlijk moeten worden versterkt. Van de huidige omvang en inrichting van de wetgeving privaatrecht en de Hoge Raad kan niet worden verwacht dat zij alle innovatiemogelijkheden en ontwikkelde kennis bijhouden en in adequate procedurele vernieuwing kunnen vertalen. Daarvoor speelt er te veel variatie in gedrag, zijn er te veel goede mogelijkheden voor verbetering en te veel verschillende soorten geschillen. Dat maakt dit overzicht wel duidelijk.

LITERATUUR

Allred 2005

K.G. Allred, 'Relationship Dynamics', in: M. Moffitt & R. Bordone (eds.), *The Handbook of Dispute Resolution*, San Francisco: Jossey-Bass 2005.

⁸⁷ Zie Rule 1 van de Engelse Civil Procedure Rules en Rule 1 *Federal Rules of Civil Procedure* als voorbeelden van algemene doelen voor het civiele proces.

⁸⁸ Barendrecht 2012a.

Baar et al. 2010

C. Baar, E. Friesen, D. Hall, M. Reinkensmeyer & C.S. Cooper, 'Financing The Third Branch In Lean Times: Placing The Present Fiscal Crisis In Perspective', *Report BJA-American University Criminal Courts Technical Assistance Project*, 2010.

Baarsma & Barendrecht 2012

B.E. Baarsma & J.M. Barendrecht, 'Mediation 2.0.', *Nederlands Juristenblad*, (32) 2012, p. 2239-2243.

Babcock et al. 1997

L. Babcock, G. Loewenstein & S. Issachararoff, 'Creating Convergence: Debiasing Biased Litigants', *Law and Social Inquiry*, (22) 1997, p. 913-925.

Barendrecht & Klijn 2004

J.M. Barendrecht & A. Klijn (red.), *Balanceren en vernieuwen: Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004.

Barendrecht et al. 2006

J.M. Barendrecht, K. Bolt & M.W. De Hoon, 'Appeal Procedures: Evaluation and Reform', in: J.M. Barendrecht & M.W. de Hoon (eds.), *Verbetering van hoger beroep? Kosten en baten van voorstellen uit twaalf systemen van procesrecht*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2006, p. 7-72.

Barendrecht & Gramatikov 2010

J.M. Barendrecht & M. Gramatikov, 'Aanvaardbaarheid van rechtspleging; Toegankelijkheid en rechtvaardigheid als gezien door gebruikers', *Nederlands Juristenblad*, 2010, p. 1102-1110.

Barendrecht et al. 2011

J.M. Barendrecht, S. van Gulijk, M. Gramatikov & P. Sluijter, *De goede procesorde in beeld*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Barendrecht et al. 2012

J.M. Barendrecht et al., 'Towards Basic Justice Care for Everyone, Challenges and promising approaches', *HiiL Innovating Justice Report*, 2012.

Barendrecht et al. 2013

M. Barendrecht et al., *Innovating Justice*, (forthcoming in 2013).

Baum 2009

L. Baum, 'Probing The Effects Of Judicial Specialization', *Duke Law Review*, (58) 2009, p. 1667-1684.

Böcker et al. 2010

A. Böcker, T. Havinga, A. Jettinghoff, C. Klaassen & L. Bakker, 'Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen', *Research. Memoranda Raad voor de Rechtspraak*, 2010.

Botero et al. 2003

J.C. Botero, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer & A. Volokh, 'Judicial Reform', *The World Bank Research Observer*, (18) 1-2003, p. 61-88.

Botter 2009

H. Botter, 'Fairness is in the eye of the beholder: "Het debiasing effect van de substantiëringsplicht"' (masterthesis Tilburg), 2009.

Braver en Lamb 2012

S.L. Braver & M.E. Lamb, 'Marital Dissolution', in: G.W. Peterson & K.R. Bush (red.), *Handbook of Marriage and the Family*, New York: Springer 2012, p. 487 e.v.

Bull 2009

J. Bull, 'Costly Evidence And Systems Of Fact-Finding', *Bulletin of Economic Research*, (61) 2009, p. 103-125.

CEPEJ 2012

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Judicial Systems*, Edition 2012 (2010 Data), Council of Europe Publishing Editions.

Cheng 2008

E.K. Cheng, 'The Myth of the Generalist Judge: An Empirical Analysis of Opinion Specialization in the Federal Courts of Appeals', *Stanford Law Review*, (61) 2008.

Cheung et al. 2006

S.O. Cheung, T.W. Yiu & S.F. Yeung, 'A study of styles and outcomes in Construction dispute negotiation', *Journal of Construction and Engineering Management*, 132 (8) 2006, p. 805-814.

Clermont 2009

K.M. Clermont, 'Litigation Realities Redux', *Notre Dame Law Review*, (84) 2009, p. 1920-1974.

Crommelin 2007

R. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Dodson 2012

S. Dodson, 'A New Look at Dismissal Rates in Federal Civil Cases', *Judicature*, (96) 2012.

Dozy 2012

R.A. Dozy, 'De comparitie voor grieven', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2012, p. 43 e.v.

Dijksterhuis 2008

B. Dijksterhuis, *Rechters normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2008.

Edmond 2009

G. Edmond, 'Merton and the hot tub: Scientific conventions and expert evidence in Australian civil procedure', *Law & Contemporary Problems*, (72) 2009, p. 59-189.

Eisenberg & Lanvers 2009

T. Eisenberg & C. Lanvers, 'What is the Settlement Rate and Why Should We Care?', *Cornell Legal Studies Research Paper*, 8-2009.

Fenn et al. 2009

P. Fenn, N. Rickman & D. Vencappa 'The impact of the Woolf reforms on costs and delay', *CRIS Discussion Paper Series*, 1-2009.

Freeman Engstrom 2011

N. Freeman Engstrom, 'Sunlight and Settlement Mills', *New York University Law Review*, (86) 4-2011, p. 805.

Gelbach 2011

J.B. Gelbach, 'Locking the Door to Discovery-Assessing the Effects of Twombly and Iqbal on Access to Discovery', *Yale Law Journal*, (121) 2011, p. 2270 e.v.

Genn 2012

H. Genn, 'What is Civil Justice for – Reform, ADR, and Access to Justice', *Yale Journal of Law & the Humanities*, (64) 2012, p. 397 e.v.

Gerety 2011

C. Gerety, 'Excess and Access: Consensus on the American Civil Justice Landscape', *Working Paper*, 2011. Retrieved via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1840683.

Giesen 2011

I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: BJu 2011, p. 51-70.

Glover 2012

M. Glover, 'The Federal Rules of Civil Settlement', *New York University Law Review*, (87) 6-2012.

Gramatikov & Klaming 2011

M. Gramatikov & L. Klaming, 'Getting Divorced Online: Procedural and Outcome Justice in Online Divorce Mediation', *Journal of Law and Family Studies*, (13) 2011, p. 1-30.

Greiner et al. 2013

D.J. Greiner, D. Wolos Pattanayak & J. Hennessy, 'The Limits of Unbundled Legal Assistance: A Randomized Study in a Massachusetts District Court and Prospects for the Future', *Harvard Law Review*, (126) 2013, p. 901 e.v.

Greiner & Wolos Pattanayak 2012

D.J. Greiner & C. Wolos Pattanayak, 'Randomized Evaluation in Legal Assistance: What Difference Does Representation (Offer and Actual Use) Make?', *Yale Law Journal* 121, 2118 (2012).

De Groot 2011

G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraak: goede start, spannende vlucht, behouden landing', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2011, p. 41-49.

Hansford 2011

E. Hansford, 'Measuring the Effects of Specialization with Circuit Split Resolutions', *Stanford Law Review*, (63) 2011, p. 1145-1176.

Hartendorp 2008

R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken; Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008.

Havinga et al. 2012

T. Havinga, C. Klaassen & N. Neelis, 'Specialisatie gewenst? De behoefte aan gespecialiseerde rechtspraak binnen het Nederlandse bedrijfsleven', *Research Memorandum Raad voor de Rechtspraak*, 2012.

Heise 2010

M. Heise, 'Why ADR Programs Aren't More Appealing: An Empirical Perspective,' *Journal of Empirical Legal Studies*, (7) March 2010, p. 64-96.

Islam 2003

R. Islam, 'Institutional Reform and the Judiciary: Which Way Forward?', *World Bank Policy Research Working Paper*, 2003.

Van Kampen & Giesen 2013

S.S. van Kampen & I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, valkuilen voor de Hoge Raad', *TCR* 2013 (1), p. 3 e.v.

Kesan & Ball 2006

J.P. Kesan & G.G. Ball, 'How Are Patent Cases Resolved? An Empirical Examination of the Adjudication and Settlement of Patent Disputes', *Washington University Law Review*, (84) 2006, p. 237-312.

Kingma 2010

S.M. Kingma, 'Tussentijds beroep tegen tussenuitspraken en deeluitspraken', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2010, p. 1-12.

Kritzer 2008

H. Kritzer, 'To Lawyer or Not to Lawyer: Is That the Question?', *Journal of Empirical Legal Studies*, (5) 4-2008, p. 875-906.

Landes & Posner 1979

W. Landes & R.A. Posner, 'Adjudication as a Private Good', *Journal of Legal Studies*, (8) 1979, p. 235-284.

Langbein 2012

J.H. Langbein, 'The Disappearance of Civil Trial in The United States', *Yale Law Journal*, (122) 2012, p. 522 e.v.

Lee & Willging 2010

E.G. Lee III & T.E. Willging, 'Defining the Problem of Cost in Federal Civil Litigation', *Duke Law Journal*, (60) 2010, p. 765-788.

Van der Linden 2010

J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schicken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

Loewenstein & Moore 2004

G. Loewenstein & D.A. Moore, 'When ignorance is bliss: Information exchange and inefficiency in bargaining', *The Journal of Legal Studies*, (33) 2004, p. 37-58.

McKenna & Wiggins 1997

J.A. McKenna & E.C. Wiggins, 'Empirical Research on Civil Discovery', *Boston College Law Review*, (19) 1997, p. 785-807.

Menkel-Meadow & Garth 2010

C. Menkel-Meadow & B. Garth, 'Process, People, Power and Policy: Empirical Studies of Civil Procedure and Courts', in: P. Cane & H. Kritzer, *Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (eds.), Oxford: Oxford University Press 2010, p. 679-704.

Moffitt & Bordone

M.L. Moffitt, R.C. Bordone (red.), *The Handbook of Dispute Resolution*, 2004.

Moore 2003

C.W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco: Jossey-Bass 2003.

Muthoo 1999

A. Muthoo, *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge (UK): Cambridge University Press 2009.

Parker 2009

J.S. Parker, 'Comparative Civil Procedure And Transnational "Harmonization": A Law-And-Economics Perspective', *George Mason Law & Economics Research Paper*, No. 09-03, 2009.

Peters 2007

P.G. Peters Jr., 'What We Know About Malpractice Settlements', *Iowa Law Review*, (92) 2007, p. 1783 e.v.

Rabinovich-Einy & Katsh 2012

O. Rabinovich-Einy & E. Katsh, 'Technology and the Future of Dispute Systems Design', *Harvard Negotiation Law Review*, (17) 2012, p. 164-193.

Rachlinski 2012

J.J. Rachlinski, 'Judicial Psychology', *Rechtstreeks*, 2-2012, p. 15-34.

Robinson 2006

P. Robinson, 'Adding Judicial Mediation to the Debate about Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them for Trial', *Journal of Dispute Resolution*, 2-2006, p. 335 e.v.

Robinson 2009

P. Robinson, 'Settlement Conference Judge – Legal Lion or Problem Solving Lamb: An Empirical Documentation of Judicial Settlement Conference Practices and Techniques', *American Journal of Trial Advocacy*, (33) 2009, p. 113 e.v.

Robinson 2012

P. Robinson, 'An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear', *Harvard Negotiation Law Review*, (17) 2012, p. 98-149.

Rule et al. 2010

C. Rule et al., 'Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value-High Volume Claims–OAS Developments', *Uniform Commercial Code Law Journal*, (42) 2010, p. 221 e.v.

San Chirico 2012

C. San Chirico (red.), *Procedural Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2012.

Sandefur 2010

R.L. Sandefur, 'Impact of Counsel: An Analysis of Empirical Evidence', *The Seattle Journal of Social Justice*, (9) 2010, p. 51 e.v.

Schrama & Geurts 2012

W.M. Schrama, T. Geurts, *Civiel schadeverhaal door slachtoffers van strafbare feiten*, Den Haag; WODC Cahier 2012-11.

Semple 2012

N. Semple, 'Judicial settlement-seeking in parenting disputes: Consensus and controversy', *Conflict Resolution Quarterly*, (29) 2012, p. 302-332.

Shavell 2004

S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2004.

Shavell 2010

S. Shavell, 'On the design of the appeals process: The optimal use of discretionary review versus direct appeal', *The Journal of Legal Studies*, (39) 1-2010, p. 63-109.

Sheen & Gregory 2012

R. Sheen & P. Gregory, 'Civil justice system framework and literature review', *Report Australian Government's Attorney-General's Department*, 2012.

Sluijter 2011

P. Sluijter, *Sturen met proceskosten: Wie Betaalt De Prijs Van Verstoring Procesgedrag?*, (diss. Tilburg), Kluwer: Deventer 2011.

Sijmonsma 2010

J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht: artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechttersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005.

Tyler 1997

T.R. Tyler, 'Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform', *American Journal of Comparative Law* (1997), p. 871 e.v.

Van Veenen 2011

J. van Veenen, *Getting to:-*) (diss. Tilburg), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2011.

Ten Velden & De Dreu 2012

F.S. Ten Velden & C.K.W. de Dreu, *Sociaalpsychologische determinanten van strafrechtelijke besluitvorming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2009

B.C.J. Van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, *Geschildbeslechtsingsdelta 2009 Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: BJu 2010.

Webber 2007

D. Webber, 'Good Budgeting, Better Justice: Modern Budget Practices for the Judicial Sector', *Law and Development Working Paper Series*, 3-2007.

Winkler 2008

W.K. Winkler, 'Civil Justice Reform – The Toronto Experience', *Ottawa Law Review*, 2008, p. 99-113.

Wissler 2011

R. Wissler, 'Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences', *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, (26) 2011, p. 271 e.v.

Wojkowska & Cunningham 2010

W. Wojkowska & J. Cunningham, 'Justice reform's new frontier: engaging with customary systems to legally empower the poor', in S. Golub (ed.), *Legal Empowerment: Practitioners' Perspectives*, Online publication by International Development Law Organization: 2010.

Zuckerman et al. 1999

A.A.S. Zuckerman, S. Chiarloni & P. Gottwald, *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, Oxford: Oxford University Press 1999.

35 BEWIJSWAARDERING EN PSYCHOLOGISCHE INZICHTEN

L.F.H. Enneking, I. Giesen en R. Rijnhout

SAMENVATTING

Uit onderzoek op het gebied van de cognitieve en sociale psychologie blijkt dat cognitieve illusies, in de vorm van 'heuristics' en 'biases', in veel gevallen een belangrijke invloed uitoefenen op onze besluitvormingsprocessen. Dit geldt niet alleen voor alledaagse beslissingen in de privésfeer, maar ook voor oordeels- en besluitvorming in de professionele sfeer, zoals bij rechterlijke beslissingen. In deze bijdrage trachten wij te achterhalen welke cognitieve illusies specifiek bij de bewijswaardering in civiele zaken van belang zijn of zouden kunnen zijn, hoe het Nederlandse burgerlijke procesrecht daarmee omgaat, indien dat al gebeurt, en hoe dat eventueel anders of beter zou moeten/kunnen. Wij bieden dus een schets van het te bespreken juridisch domein, de bewijswaardering, schetsen vervolgens de psychologische inzichten op dat vlak, en koppelen dan beide (voorzichtig) aan elkaar: waar wringt het en hoe is die wrijving eventueel op te lossen? Daarbij gaan wij in het bijzonder in op de 'confirmation bias', het 'anchoring effect' en het 'primacy effect' en aanverwanten, zoals het 'recency effect' en andere 'order effects'. Ook bezien wij of eventuele spanningen tussen de psychologische en de juridische inzichten wellicht oplosbaar zijn door psychologische bijsturing ('debiasing') of door een verandering op juridisch vlak.

1 INLEIDING

1.1 *Het probleem*

Bewijsvoering door een procespartij in civiele zaken – via schriftelijke stukken, getuigenverhoren, deskundigenberichten of anderszins – is steeds erop gericht om de rechter¹ (of eventueel de arbiter, bindend adviseur, etc.) te overtuigen van het eigen standpunt en de eigen in rechte ingenomen stellingen. De inzet daarvan is dat die rechter vervolgens een

1 Hierna spreken wij over de rechter, ook als we een meervoudige kamer bedoelen. Daarbij realiseren we ons dat groepsbeslissingen deels onder andere invloeden (kunnen) staan, zie bijv. Ten Velden & De Dreu 2012.

bepaalde stelling zal accepteren en de zaak daarna in het voordeel van die partij zal afwikkelen. Voor de wederpartij geldt uiteraard hetzelfde.

Beide civiele partijen proberen dus het besluitvormingsproces van de rechter als het gaat om diens waardering van het bewijs, te beïnvloeden.² Het gaat hierbij om een rechterlijke beslissing in een situatie van onzekerheid over de feiten (wat is waar?), want meestal liggen de zaken (beter: de stellingen en betwistingen van partijen en de bewijsmiddelen te dien aanzien) niet meteen duidelijk of eenvoudig. Bij dit soort besluitvormingsprocessen in situaties van onzekerheid spelen echter niet alleen de pogingen van beide partijen om via de bewijsvoering een specifiek besluit te ontlokken een rol, maar komen ook allerlei (cognitief) psychologische kwesties aan de oppervlakte.

Al enige decennia houden wetenschappers op het gebied van de cognitieve en sociale psychologie zich bezig met de bewuste en onbewuste denkprocessen die de basis vormen voor de oordelen die we vormen en de keuzes die we maken.³ Uit dit onderzoek komt steeds duidelijker naar voren dat onze oordeels- en besluitvorming in veel gevallen niet tot stand komt op basis van een uitgebreide en ‘rationele’ analyse van alle betrokken feiten en omstandigheden, maar op basis van zogenoemde *heuristics*. Dit zijn mentale *short cuts* die de cognitieve last van het maken van een beslissing verlichten; denk bijvoorbeeld aan vuistregels, gezond verstand, intuïtie en *educated guesses*.

Deze *heuristics*, die een belangrijke en zeer nuttige rol spelen met name in situaties waarin we onder tijdsdruk oordelen en besluiten moeten vormen met betrekking tot complexe problemen en/of op basis van onvolledige informatie, maken deel uit van wat aangeduid kan worden als ons ‘automatische systeem’ van denken. Dit systeem gaat snel, instinctief en associatief te werk en is automatisch, in die zin dat we het niet uit kunnen zetten en dat we er ons vaak niet eens van bewust zijn dat het onze gedachtevorming beïnvloedt. Het vormt daarmee de tegenhanger van ons ‘reflectieve systeem’ van denken, dat systematischer, meer weloverwogen en meer rationeel te werk gaat, maar daarmee ook een stuk langzamer en inspannender is.⁴

Duidelijk wordt zo dat onze beslissingen vaak tot stand komen op basis van, of ten minste met gebruikmaking van, één of meer van dergelijke *heuristics*, wat in veel gevallen een prima manier is om tot een besluit te komen.⁵ Helaas is dat echter niet altijd het geval, omdat er door ons ‘automatische systeem’ vaak onvoldoende of onvoldoende ‘rationeel’ wordt nagedacht over de te verwachten effecten van de beslissing in kwestie; soms leidt

2 Ten aanzien van bewijsbeslissingen in strafzaken, zie Wagenaar et al. 2010, p. 875-893.

3 Zie algemeen over de vraag hoe mensen tot beslissingen en keuzes komen, en de valkuilen daarbij, o.a. Thaler & Sunstein 2009, p. 24-41, waarover eerder Giesen 2009, p. 845-847; Rassin 2008, p. 65 e.v.; Baron 2008; Eysenck & Keane 2005, p. 481 e.v.; Anderson 2005, p. 312 e.v.; Plous 1993.

4 Het ‘automatic’ en ‘reflective’ idee wordt beschreven door Thaler & Sunstein 2009, p. 21-24, en verder uitgewerkt door Kahneman 2011 (Kahneman spreekt in dit verband van ‘*System 1*’ en ‘*System 2*’). Zie ook Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 6-13 en Rachlinski 2012, p. 87-88.

5 Zoals hierna nog zal blijken.

handelen op basis van intuïtie dan ook tot slechtere uitkomsten.⁶ Dit is met name het geval waar *heuristics* aanleiding geven tot *biases*: cognitieve illusies of vertekeningen, ‘denkfouten’ in een bepaalde richting, *systematic errors* die leiden tot een oordeel of besluit dat niet ‘rationeel’ is, dat wil zeggen niet strookt met objectief vast te stellen feiten of met algemeen geaccepteerde mathematische, logische of statistische regels.⁷

De invloed die deze *heuristics* en *biases* in veel gevallen (ongemerkt) uitoefenen op onze oordeels- en besluitvormingsprocessen is niet beperkt tot alledaagse beslissingen in de privésfeer. Zij kunnen net zo goed een bepalende rol spelen in de professionele sfeer; zo heeft onderzoek aangetoond dat ook de oordeels- en besluitvormingsprocessen van professionele besluitvormers als bijvoorbeeld artsen en accountants beïnvloed (kunnen) worden door bepaalde typen *heuristics* en *biases*.⁸ Hetzelfde geldt voor de rechterlijke besluitvorming, niet alleen waar het gaat om materieelrechtelijke beslissingen (denk bijvoorbeeld aan het vaststellen van causaliteit of de hoogte van een schadevergoeding in civiele zaken⁹), maar ook waar het gaat om procesrechtelijke en dus ook bewijsrechtelijke beslissingen.¹⁰

Het rechterlijke ‘beslismodel’, en de rol van het bewijsrecht daarbij, creëert als het ware, in de woorden van Wagner, een ‘*legal framework in which heuristics may operate*’.¹¹ Guthrie, Rachlinski en Wistrich concluderen naar aanleiding van verschillende onderzoeken naar de invloed van *biases* op de rechterlijke besluitvorming:

*‘Despite their best efforts (...), judges, like everyone else, have two cognitive systems for making judgments – the intuitive and the deliberative – and the intuitive system appears to have a powerful effect on judges’ decision making. The intuitive approach might work well in some cases, but it can lead to erroneous and unjust outcomes in others.’*¹²

6 Kahneman, Slovic & Tversky 1982, p. 3; Baron 1998, p. 1; Vonk e.a. 2001, p. 337. Vgl. Feigenson 1995-1996, p. 87-92.

7 Vonk e.a. 2001, p. 338; Baron 1998, p. 14; Kahneman 2011, p. 3-4 en 7; Thaler & Sunstein 2009, p. 25.

8 Zie Lau & Coiera 2009, p. 55 voor een overzicht van studies naar de invloed van *order effects* op besluitvorming door artsen; zie Ashton & Kennedy 2002, p. 222 voor een overzicht van onderzoeken naar de invloed van het *recency effect* op besluitvorming door accountants.

9 Zie bijvoorbeeld Giesen 2008 en Bornstein 1994, respectievelijk.

10 Veel van de in deze bijdrage genoemde literatuur getuigt daarvan. Over problemen met *heuristics* als het om het recht gaat, zie bijv. Korobkin 2006, p. 45 e.v., die als één van de grootste problemen ziet dat het daardoor minder eenvoudig is om recht te benutten als instrument om het welzijn te bevorderen (aldus samengevat op p. 52).

11 Wagner 2006, 285.

12 Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007.

En hoe meer de tijdsdruk op rechters, zoals de beroepsgroep zelf stelt, onder invloed van productienormen toeneemt, hoe waarschijnlijker het wordt dat zij bij het nemen van beslissingen onbewust hun ‘automatische systeem’ meer en vaker zullen gaan benutten.¹³

1.2 Doel en vraagstelling

Psychologie en privaatrecht, in de ruime zin van het woord, kunnen elkaar op vele vlakken raken, omdat beide wetenschapsgebieden van doen hebben met menselijk gedrag.¹⁴ Binnen de civiele rechtspleging is van immens gewicht dat de civiele rechter uiteindelijk in elke zaak – rechtswegering is niet toegestaan – een heel stel beslissingen zal moeten nemen. Beslissingen over de (juistheid van de gestelde) feiten, over (de stand van zaken van) het recht en over de (correcte) toepassing van het recht op de wezenlijke feiten. Dit maakt dat het proces van besluitvorming door die rechter (of elders: de jury¹⁵) een belangrijk onderzoeksterrein is waar inzichten uit het psychologische en uit het juridische domein bij elkaar komen. In al deze gevallen moet de rechter immers een (juridisch wezenlijke) keuze maken; hij moet bovendien beslissen in een situatie van onzekerheid. Dat ‘moeten beslissen in onzekerheid’ heeft betrekking op het gehele door het privaatrecht bestreken terrein van menselijk handelen en de interactie tussen personen. Menselijk keuzegedrag is daarmee eigenlijk ook een typisch juridisch thema, terwijl dat tot nu toe, althans in Nederland, toch vooral als een psychologisch (en economisch) fenomeen is onderzocht.¹⁶

Binnen de contouren van dit onderzoeksveld trachten wij in deze bijdrage te achterhalen welke cognitieve beperkingen, met name in de vorm van *heuristics* en *biases*, specifiek bij de bewijswaardering in civiele zaken van belang zijn of zouden kunnen zijn, hoe het Nederlandse burgerlijke procesrecht daarmee omgaat, indien dat al gebeurt, en hoe dat eventueel anders of beter zou moeten/kunnen.¹⁷ Gegeven het voorgaande luidt de hierna te beantwoorden vraag dus:

‘Wanneer en hoe zijn welke psychologische *heuristics* en *biases* van invloed op het beslisgedrag van de rechter in het kader van diens bewijswaardering, en op welke wijze is de (eventueel verstorende) invloed daarvan tegen te gaan of te omzeilen, en wel op een wijze die past binnen het systeem en de traditie van de Nederlandse civiele rechtspleging?’

13 Zie ook hierna, par. 3.3.1, Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 35, en Kahneman 2011, p. 19 e.v.

14 Zie voor een overzicht Giesen 2011b, met verdere verwijzingen.

15 Voor een overzicht: Greene et al. 2002, p. 225-284.

16 We komen zo in de hoek van de ‘behavioral law and economics’ terecht, zie o.a. Faure 2009.

17 Vgl. ook Drion 2012, p. 1093.

1.3 Verantwoording en plan van aanpak

Onze aanpak is in wezen gelijk aan die welke een onzer in zijn Utrechtse oratie en zijn eerdere *Gedrag en Privaatrecht*-bijdrage heeft gehanteerd.¹⁸ We bieden derhalve een schets van het te bespreken juridisch domein, schetsen vervolgens de psychologische inzichten op dat vlak en koppelen dan beide zo voorzichtig mogelijk aan elkaar: waar wringt het en hoe is die wrijving eventueel op te lossen? De nadruk zal hierbij liggen op een uitwerking van een drietal *biases*: de *confirmation bias*, het *anchoring effect* en *order effects* zoals het ‘*primacy effect* en het *recency effect*. Deze drie specifieke *biases* kunnen onzes inziens met name bij de rechterlijke oordeels- en besluitvorming rond bewijskwesities in de civiele procedure een rol spelen. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat dit de enige *biases* zijn die daarbij van betekenis kunnen zijn; de lijst van cognitieve illusies die de besluitvorming kunnen beïnvloeden is schier eindeloos (zie par. 3 voor enkele voorbeelden) en afhankelijk van de omstandigheden zullen er in elke procedure ook andere *biases* een rol kunnen spelen.

Als juristen hebben we niet zelf psychologisch onderzoek opgezet en uitgevoerd. We gebruiken hier de wetenschappelijke inzichten die (cognitief) psychologen via hun vakbladen hebben geopenbaard en passen die inzichten toe op het recht.¹⁹ Daarbij proberen wij zo veel mogelijk rekening te houden met alle mitsen en maren die daarbij passen. Zo ligt onze focus, bijvoorbeeld, op inzichten uit de cognitieve psychologie (de tak van psychologie die zich vooral richt op interne psychische processen die te maken hebben met begrip, kennis, geheugen en informatieverwerking) en laten wij inzichten uit de sociale psychologie (de tak van psychologie die zich bezighoudt met de beïnvloeding van menselijke gedachten, gevoelens en gedragingen door anderen) grotendeels buiten beschouwing. Daarmee is echter zeker niet gezegd dat inzichten uit dat laatste veld niet ook zeer relevant kunnen zijn, ook gezien het feit dat civiele zaken in Nederland veelal behandeld worden door een meervoudige kamer.²⁰

Een ander, meer algemeen voorbehoud dat wij hier al willen maken, betreft het feit dat de externe validiteit van psychologische experimenten veelal aan beperkingen onderhevig is. Dat rechters (of andere proefpersonen) in verschillende van de in dit artikel beschreven onderzoeken beslissingen nemen onder invloed van *cognitive biases*, wil niet noodzakelijkerwijs zeggen dat zij dat in werkelijkheid ook zouden doen. In de echte wereld zullen immers veelal andere omstandigheden meespelen die in sommige gevallen een tegenwicht kunnen vormen tegen de invloed van cognitieve illusies op de besluitvorming, omstandigheden die in een experimentele setting ‘weggefilterd’ zijn. Daar komt nog bij dat het van belang is om in het oog te houden dat er ook verschillende andere, ‘externe’ (dat wil zeggen:

18 Zie eerder Giesen 2005 en Giesen 2008.

19 Vgl. eerder Giesen 2005, p. 87 e.v.; Giesen 2011b, p. 1072-1073.

20 Zie in dit verband ook de bijdrage van Ten Velden en De Wilde aan deze bundel.

niet aan de cognitieve processen van de rechter gerelateerde) factoren zijn die bepalend kunnen zijn voor een (al dan niet) zorgvuldige procesgang. Te denken valt bijvoorbeeld aan het belang – gezien de (relatieve) lijdelijkheid van de rechter in het Nederlandse civiele procesrecht, zeker bij de bewijsvoering – van de proceshouding van advocaten en procespartijen zelf.

Ondanks deze waarschuwingen vooraf zijn wij echter ten volle overtuigd van de waarde voor de civiele rechtspraktijk van een beter inzicht in de mogelijke invloed van cognitieve illusies op de rechterlijke besluitvorming omtrent de bewijswaardering. Gegeven dit alles, komen wij vervolgens tot de navolgende opbouw van deze bijdrage. In paragraaf 2 staat de bewijswaardering door de civiele rechter centraal. We geven beknopt inzicht in wat er gebeurt bij de rechterlijke bewijswaardering in civiele zaken.²¹ In paragraaf 3 bespreken wij enkele *heuristics* en *biases* die een rol kunnen spelen bij de besluitvormingsprocessen en het beslisgedrag van rechters. In de paragrafen 4, 5 en 6 gaan wij in het bijzonder in op de mogelijke invloed van de *confirmation bias*, het *anchoring effect* en *order effects*, respectievelijk, op de rechterlijke besluitvorming omtrent de bewijswaardering. In paragraaf 7 gaan we vervolgens vanuit een juridische invalshoek na of, en zo ja, in hoeverre de (praktijk van de) civiele bewijswaardering naar Nederlands burgerlijk procesrecht en de besproken psychologische inzichten ‘uit de pas lopen’ en bezien wij of die spanningen eventueel oplosbaar zouden zijn door psychologische bijsturing (*debiasing*). De korte conclusie in paragraaf 8 rondt deze bijdrage af.

2 BEWIJSVOERING IN CIVIELE ZAKEN: BEWIJSWAARDERING DOOR DE RECHTER IN VOGELVLUCHT

Het moment in een civiele procedure waarop psychologische inzichten over hoe mensen (rechters) tot beslissingen komen echt relevant worden, is het moment van de bewijswaardering. Dit is immers het moment waarop de feiten die de verdere materiële uitkomst van het geschil bepalen, worden vastgesteld op basis van de bewijsvoering door de partijen (in de civiele procedure moeten zij immers het bewijs aandragen, de rechter is daarin nog grotendeels lijdelijk). Dit is ook het moment dat de procespartijen in potentie zullen willen beïnvloeden. Gaan wij vervolgens nader in op die bewijswaardering, dan werpt een drietal vragen zich op.²² Ten eerste de vraag welke waarde de rechter mag of moet hechten aan bepaalde bewijsmiddelen. Ten tweede is er de vraag of een (meer) subjectieve of een (meer) objectieve opvatting van de rechter beslissend is bij de waardering. Het gaat hier om een meer of mindere mate van subjectief dan wel objectief. Geheel subjectief waarderen staat

21 Omdat het Nederlandse recht hier centraal staat, gaan we voorbij aan studies over beslisgedrag door jury's, zie nader daarover Greene et al. 2002, p. 225 e.v. en Wayte et al. 2002, p. 345 e.v.

22 Deze paragraaf is een bewerking (en inperking) van Giesen 2001, p. 48-63.

gelijk aan willekeur en is dus onacceptabel. Geheel objectief waarderen is onmogelijk.²³ Ten derde is er de vraag welke mate van overtuiging de rechter dient te bezitten alvorens hij kan en mag zeggen dat het feit (naar zijn overtuiging) bewezen is. Bij het antwoord op deze vragen dient vooropgesteld te worden dat hier veelal geen harde regels te geven zijn; de waardering van het bewijs is uiteindelijk aan de feitenrechter voorbehouden.²⁴

Ter beantwoording van de eerste vraag geldt dat de rechter in beginsel²⁵ vrij is in de waardering van het bewijs en (de keuze) van de bewijsmiddelen. Dat volgt uit artikel 152 lid 2 Rv, waarin echter ook is bepaald dat de wet daarop uitzonderingen kan maken; die uitzonderingen doen echter niet af aan het uitgangspunt dat in Nederland in principe de vrije bewijstheorie gehanteerd wordt.²⁶ De keuze voor de vrije bewijsleer vloeit voort uit de gedachte dat de rechter binnen de grenzen van het geschil zo veel mogelijk de materiële waarheid dient te achterhalen.²⁷ Formele regels over de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen passen daar minder goed bij, zo luidt het algemeen gangbare juridische inzicht.²⁸

Uit het voorgaande vloeit het antwoord op de tweede vraag eigenlijk al voort, en dat is wellicht dan ook de reden dat deze vraag in Nederland nauwelijks aandacht krijgt. De opvatting van de *rechter in kwestie* over de geloofwaardigheid van een bewijsmiddel is beslissend. Diens innerlijke (subjectieve) overtuiging geeft de doorslag.²⁹ Die subjectieve overtuiging, welke uiteraard het gevaar van rechterlijke willekeur in zich draagt, wordt overigens in belangrijke mate geobjectiveerd, omdat de rechter een motiveringsplicht heeft.³⁰

De derde vraag – welke mate van overtuiging de rechter dient te bereiken – is die naar de bewijswaarderingsmaatstaf.³¹ De heersende leer gaat ervan uit dat de rechter *een redelijke mate van zekerheid* dient te hebben omtrent de juistheid van de gestelde feiten.³²

23 In die zin is 'de waarheid' dus ook onbereikbaar; het gaat erom een situatie te bereiken waarin redelijkerwijs vast te stellen is welke brokken informatie betrouwbaar genoeg zijn om een besluit te ondersteunen, zoals Wagner 2006, p. 282, het stelt.

24 In cassatie kan daarover niet geklaagd worden, afgezien van die gevallen waarin het om een motiveringsklacht gaat. Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 (*Filipovic/Interpolis Schade*).

25 Een uitzondering vormt bijvoorbeeld de verklaring van een partijgetuige die tevens de bewijslast draagt (art. 164 lid 2 Rv). Uitvoerig over deze materie in de context van *heuristics*, Wagner 2006, p. 291-294.

26 Zie PG Bewijsrecht 1988, p. 49 en 59; HR 14 januari 2000, NJ 2000, 236 (*Veldhof/LWS*), r.o. 3.4.

27 We gaan hier niet nader in op de huidige positie van de notie van waarheidsvinding in het civiele proces, zie uitvoerig De Bock 2011 en De Groot 2012.

28 Zie PG Bewijsrecht 1988, p. 59, 61 en 99. In die zin ook Asser 1999, p. 1252. Daar tegen, omdat rechters fouten maken, Wagenaar, Crombag & Israëls 2010, p. 893.

29 Zie PG Bewijsrecht 1988, p. 76 en 78; Asser 1999, p. 1251.

30 HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (*Finkenburg/Van Mansum*). Doordat de rechter zijn overtuiging moet motiveren, wordt hij gedwongen te bekijken of zijn overtuiging ook voor anderen aanvaardbaar zou kunnen zijn. Dat zal alleen het geval zijn als zijn redenen het louter subjectieve overstijgen en aan de eisen van de logica voldoen.

31 In Nederland staat ook dit onderwerp niet sterk in de belangstelling, al is er de laatste jaren wel wat meer aandacht voor. Zie inmiddels De Bock 2011, m.n. p. 218.

32 Zie nader Giesen 2001, p. 51-53.

Samenvattend zijn enkele voorzichtige lessen uit het voorgaande te trekken. Ten eerste, of binnen het kader van de vrije bewijswaardering aan de bewijsmaatstaf voldaan is, is grotendeels afhankelijk van het subjectieve oordeel (de keuze) van de rechter. Ten tweede dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen de ‘normale’ bewijsmaatstaf, die wij als ‘redelijke mate van zekerheid’ zouden willen bestempelen, en de ook wel benutte maatstaf van ‘aannemelijkheid’ (bijvoorbeeld in kortgedingprocedures), omdat aan de tweede maatstaf eerder voldaan zal zijn dan aan de eerste, hetgeen vervolgens een wezenlijk verschil kan betekenen voor de uitkomst van de procedure.³³

De derde conclusie luidt dat rechtszekerheidsproblemen die uit het gebrek aan ‘harde’ normen en verdere invulling zouden kunnen voortvloeien, in elk geval gedeeltelijk tegengegaan kunnen worden door een deugdelijke motivering te verlangen. Uit een dergelijke motivering zal in elk geval in bepaalde gevallen kunnen blijken of de rechter de lat te hoog of te laag heeft gelegd, zodat eventueel een correctie door de hogere rechter mogelijk is. Maar correctiemogelijkheid of niet, het blijft een feit dat de bewijswaardering, door zijn bepalende rol binnen de civiele procedure en door het gebrek aan ‘harde’ normen voor de invulling ervan, bij uitstek het moment is waarop de vraag naar de mogelijke invloed van *heuristics* en *biases* op de rechterlijke besluitvorming relevant is.

3 PSYCHOLOGIE BINNEN DE CIVIELE RECHTSPLEGING: ENKELE MOGELIJKE BIASES BLOOTGELEGD

3.1 Enkele voorbeelden van *heuristics* en *biases*

Gebaseerd op de in de inleiding reeds besproken psychologische kennis, is het vertrekpunt in deze paragraaf dat *heuristics* en *biases* een regulier onderdeel van ons dagelijks leven en onze alledaagse beslissingen zijn. Zonder alle aspecten ervan helemaal recht te kunnen doen en zonder deze ten gronde uit te kunnen werken, bespreken we in deze paragraaf een aantal veelvoorkomende voorbeelden van dit soort mentale *short cuts* en cognitieve illusies.

Ten eerste noemen we hier het bekende verschijnsel *framing*. Omdat mensen risicomijdend³⁴ blijken te zijn als het om het behalen van een voordeel gaat en juist risicozoekend als het om het eventueel tegengaan van een verlies gaat, worden er in situaties die in wezen gelijk zijn, afhankelijk van de manier van inkleding ervan (het gekozen *frame*), verschillende beslissingen genomen. Personen reageren anders op een boodschap afhankelijk van hoe

³³ Dat speelde bijvoorbeeld in HR 9 november 2012, LJN: BX0737 (*Holland van Gijzen*).

³⁴ Overigens, mensen die beslissen voor anderen, zoals advocaten vaak doen voor procespartijen, zijn geneigd meer risico's te nemen, vgl. Wray & Stone 2005, op p. 126.

die boodschap wordt gebracht (denk bijvoorbeeld aan de uiteenlopende connotaties van de synoniemen ‘hypotheekrenteaftrek’ en ‘villasubsidie’), en dat leidt tot beslissingen die rationeel niet te verklaren zijn.³⁵ Meer in het algemeen geldt overigens dat het voorkomen van verlies voor mensen zwaarder telt dan het bereiken van winst. Dat heet *loss aversion*.³⁶

Een vergelijkbare valkuil is bijvoorbeeld het *do no harm*-principe, ook wel: de *omission bias*, waarbij geldt dat schade door een handelen erger gevonden wordt dan schade door een nalaten. Is dat wellicht waarom we bij een nalaten soms langer nadenken over de vraag of aansprakelijkheid wel mogelijk is?³⁷ Denk ook aan de *status quo bias*, die tot uitdrukking brengt dat mensen graag het bestaande in stand houden, omdat zij een (potentiële) verandering van de status-quo onbewust eerder als een verslechtering dan als een verbetering zien, zelfs als daarvoor geen enkele reden is. Degene die iets veranderen wil, moet daarvoor de argumentatie aanbrengen, draagt als het ware ‘de bewijslast’ in juridische termen (vgl. art. 150 Rv).³⁸ Interessant is ook nog de *self serving bias* en de daaraan gerelateerde *fundamental attribution error*. Het gaat er daarbij om dat mensen de neiging hebben om hun successen toe te schrijven aan hun eigen, persoonlijke capaciteiten, terwijl zij hun mislukkingen over het algemeen juist attribueren aan externe factoren.³⁹

Overigens is het, als gezegd, niet zo dat handelen op basis van deze intuïties of ‘*rules of thumb*’ altijd slecht is, zeker niet,⁴⁰ maar ze mogen niet te dominant worden. Dat is echter lastig, omdat we ons in veel gevallen niet of slechts in beperkte mate bewust zijn van de invloed die *heuristics* en *biases* uitoefenen op onze besluitvormingsprocessen. Daarnaast is het zo dat mensen geloven wat ze willen geloven (dat is het bekende *wishful thinking*), waarbij positieve, bevestigende indicaties (of bewijs) wél en negatieve, ontkenkende indicaties niet of minder gezocht en/of meegewogen worden. Dit heet de *confirmation bias*, welke zelfs kan leiden tot *overconfidence* of *belief overkill*, met als gevolg dat iemand niet wil luisteren en niet tot een compromis of samenwerking wil komen; en dus wordt het geschil niet via een schikking beëindigd.⁴¹ Een uitvoeriger exposé over de *confirmation bias* volgt in paragraaf 4 hierna.

Een aantal van deze *biases* wordt ook in verband gebracht met – een ruime opvatting van – het hierna in paragraaf 5 nog uitvoeriger te bespreken *anchoring effect*: het idee dat

35 Plous 1993, p. 69-73; Anderson 2005, p. 343 e.v.; Baron 2008, p. 267 e.v.; Farnsworth 2007, p. 224 e.v.

36 Zie o.a. Baron 2008, p. 267 en p. 297 en Zamir & Ritov 2012. Zie over dit effect in de context van beleggingen ook de noot van Du Perron onder HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*) en Van Boom 2003, p. 560-561.

37 Vgl. (rechtsvergelijkend) Giesen 2005b, p. 47 e.v., met verdere verwijzingen.

38 Zie over een aantal van de genoemde intuïties ook Baron 2008, p. 297 e.v. en p. 406 e.v.; Zamir & Ritov 2012; Thaler & Sunstein 2009, p. 24 e.v.

39 Zie over de attributiefout ook de bijdragen van De Hoon en Giesen in deze bundel, met verdere verwijzingen. Vgl. tevens Giard 2011.

40 Bijv. Kahneman 2011, p. 4.

41 Baron 1998, p. 9-14. Voor een overzicht: Nickerson 1998, p. 175-220; Plous 1993, 217 e.v.; Thaler & Sunstein 2009, p. 34-36; Kahneman 2011, p. 261-264. Over *debiasing* van *overconfidence*, Fischhoff 1982a, p. 437.

een willekeurig gegeven waarvan eerder kennis is genomen door de besluitvormer als aanknopingspunt of startpunt wordt gebruikt voor een beslissing in een geheel andere context. Het *anchoring effect* zelf – de enge opvatting – heeft vooral betrekking op het fenomeen dat ons automatische systeem onder omstandigheden een willekeurig numeriek gegeven als startpunt en referentiekader neemt voor een beslissing, ook als het numerieke gegeven irrelevant is voor de beslissing.⁴² Door Chapman en Johnson wordt *anchoring* gekoppeld aan het idee van *activation*: door het presenteren van een ‘anker’ wordt bepaalde informatie ‘geactiveerd’.⁴³

Eenzelfde gedachte ligt ook ten grondslag aan cognitieve illusies als *overconfidence* en de *confirmation bias*, alsook aan het inmiddels redelijk bekende fenomeen van de *hindsight bias*: gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld worden achteraf vaak als relatief onvermijdelijk en voor de hand liggend beschouwd, zonder dat men zich realiseert dat de later verworven kennis van invloed is op dat oordeel.⁴⁴ Een ander voorbeeld van het feit dat wij beter zijn in relatief denken dan in absoluut denken vormt het *primacy effect*, het fenomeen dat hetgeen wij als eerste waarnemen in grotere mate onze indruk bepaalt.⁴⁵ Deze en andere *order effects*, die in paragraaf 6 nader uitgewerkt zullen worden, laten zien dat de invloed die een specifiek gegeven heeft op onze oordeels- en besluitvorming over een bepaalde kwestie in veel gevallen (onbewust) bepaald wordt door de positie van het betreffende stukje informatie ten opzichte van andere informatie waarvan kennis genomen wordt in het kader van het besluitvormingsproces.

3.2 Rechterlijke besluitvorming en cognitieve illusies: een voorbeeld uit de rechtspraktijk

Dat *heuristics* en *biases* niet alleen in de dagelijkse praktijk, maar ook in de rechtspraktijk vragen kunnen oproepen, en dus ook waar het gaat om de rechterlijke besluitvorming in civiele procedures,⁴⁶ kan worden geïllustreerd aan de hand van een aan de civiele rechtspraktijk ontleend voorbeeld, waarin de vraag rees in hoeverre één rechter in één en dezelfde civiele zaak meerdere malen zijn (bewijs)oordeel zou mogen laten gelden.⁴⁷ Impliciet stelt

42 Zie Oppenheimer, LeBoeuf & Brewer 2008 over de invloed van niet-numerieke gegevens of omstandigheden op besluitvorming. Zij benadrukken dat de perceptie die uitgaat van omstandigheden (*contextual perception*) van invloed kan zijn op de beslissing die iemand neemt.

43 Johnson & Chapman 1999, p. 145-146.

44 Zie Plous 1993, p. 35; Baron 2008, p. 157-158; Farnsworth 2007, p. 218 e.v.; Fischhoff 1982b, p. 335 e.v.

45 Zie bijv. Tulving 2007, 31-48.

46 Zie voor uitgebreid onderzoek naar de rol van *biases* (specifiek: *anchoring*) bij de rechterlijke oordeelsvorming in Nederlandse strafzaken, met een focus op kwesties omtrent bewijs en bewijsvoering: Wagenaar, Van Koppen & Crombag 1993.

47 Wellicht werd deze procedure geïnspireerd door de discussie op strafrechtelijk vlak en de rechtsvraag in het EHRM-arrest *Hauschildt t. Denemarken*, EHRM 24 mei 1989, Series A, no. 154, NJ 1990, 627.

deze vraag aan de orde het probleem van de – in de volgende paragraaf verder uit te werken – *confirmation bias*, welke kort gezegd (zie nader par. 4) inhoudt dat mensen (en mogelijk dus ook rechters) over het algemeen meer oog hebben voor informatie die hun eigen overtuigingen en veronderstellingen bevestigt dan voor informatie welke die overtuigingen en veronderstellingen ontkracht.⁴⁸

In de hier bedoelde zaak klaagt de eiser in cassatie erover dat het hof de zaak heeft behandeld in een samenstelling die vrijwel (twee van de drie raadsheren) gelijk was aan die waarin het hof eerder al een tussenarrest had gewezen.⁴⁹ Aldus is, volgens de klacht, het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdig gerecht geschonden, in het bijzonder omdat de twee raadsheren in het tussenarrest voorshands als vaststaand hadden aangenomen dat eiser valsheid in geschrifte had gepleegd. A-G Langemeijer zette de kwestie op scherp:

‘Een rechterlijk oordeel, gegeven in de fase voorafgaand aan het proces, kan onder omstandigheden bijdragen aan een objectief gerechtvaardigde vrees dat het de rechter ontbreekt aan onpartijdigheid. (...) Ook al valt er niets aan te merken op de behandeling in de voorafgaande fase – de rechter heeft gewoon zijn werk gedaan –, het neemt niet weg dat bij de rechtzoekende een objectief gerechtvaardigde vrees voor vooringenomenheid van de rechter kan bestaan. De rechtzoekende kan immers bevreesd zijn voor zgn. “confirmation bias” (...).’⁵⁰

Volgens de A-G speelt dit in casu echter niet. Het gaat hier (slechts) om een oordeel in een tussenarrest, als onderdeel van één rechterlijk oordeel dat ‘toevallig’ verspreid wordt over meerdere schriftelijke uitspraken in dezelfde instantie, een situatie die typisch is voor het Nederlandse burgerlijke procesrecht. Langemeijer zegt dan ook: *‘Het bewijsvermoeden en de beslissing over de bewijslastverdeling in het tussenarrest (...) maken deel uit van het rechterlijk oordeel zelf: zij vormen niet een “vooordeel”, maar het “oordeel” van de rechter.’⁵¹* Uiteraard heeft Langemeijer hier gelijk; dit is de gebruikelijke wijze waarop de Nederlandse civiele rechter tot een eindoordeel komt. Maar tegelijk moet erkend worden dat een zelfstandig argument tegen de geuite vrees van partijdigheid in een dergelijke gebruikelijke handelwijze nog niet besloten ligt; als iets altijd op onjuiste wijze is gegaan, zal het alsnog anders moeten.

⁴⁸ Zie nader par. 4 hierna.

⁴⁹ Zie HR 16 januari 2009, NJ 2009, 562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*). Dat is uiteraard een veelvoorkomende en vaak als wenselijk beschouwde situatie; het voorkomt dat steeds nieuwe rechters het dossier opnieuw moeten doorgronden.

⁵⁰ Zie zijn conclusie voor HR 16 januari 2009, NJ 2009/562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*), nr. 2.5. Als iemand wellicht ‘bewust’ bevestiging zoekt, zoals Langemeijer stelt, behoort dat niet meer tot het domein van de *confirmation bias*, zie hierna par. 4.1.

⁵¹ Conclusie voor HR 16 januari 2009, NJ 2009/562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*).

De Hoge Raad lijkt zich echter bij zijn A-G aan te sluiten door de verwerping van het middel te baseren op de gedachte dat het om een oordeel in een eerdere fase van de procedure gaat:

*'3.3 Voor zover het middel berust op het uitgangspunt dat de rechter die eenmaal heeft geoordeeld dat een bewijsvermoeden bestaat ten gunste van de ene partij waartegen de andere partij tegenbewijs mag leveren, niet meer onbevangen en onpartijdig dit tegenbewijs kan waarderen en beoordelen omdat hij al ten nadele van deze partij heeft geoordeeld en zich niet van dit oordeel kan losmaken, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het enkele feit dat de rechter in een eerdere fase van de procedure een beslissing in het nadeel van een der partijen heeft genomen, brengt niet mee dat sprake is van partijdigheid (...).'*⁵²

Waarna de Hoge Raad nog overweegt dat het in overeenstemming met de eisen van een behoorlijke rechtspleging is dat de rechter die een oordeel heeft gegeven over de noodzaak van (tegen)bewijslevering, in dezelfde instantie ook zo veel mogelijk moet meebeslissen over de verdere bewijsvoering, indachtig artikel 155 Rv. Het lijkt hier dan overigens niet zozeer om een behoorlijke rechtspleging, maar vooral om een efficiënte rechtspleging te gaan.⁵³ Het is immers weinig efficiënt om nieuwe rechters in te moeten zetten in een lopende procedure.

Voor de civiele rechtspleging in Nederland betekent deze uitspraak dat de rechter die een bewijsvermoeden aanvaardt of bij wege van voorlopige bewijswaardering van de voorshandse aannemelijkheid van een bepaald feit uitgaat, vervolgens gewoon het aangebrachte tegenbewijs van de andere partij mag beoordelen. Dat redenen van efficiëntie hier uiteindelijk maatgevend waren,⁵⁴ blijkt eens te meer als nog bedacht wordt dat de *confirmation bias* – die A-G Langemeijer wel noemt, maar niet weerlegt – wel degelijk problematisch kan zijn, zoals in de volgende paragraaf uitgebreid aan de orde zal komen.⁵⁵

⁵² Vgl. in dit verband ook HR (Strafkamer) 18 november 1997, NJ 1998, 244.

⁵³ Dat is dan in lijn met de ontwikkeling op het niveau van het EHRM zoals Kuijer 2004, p. 448, die ziet meer 'door de vingers zien' in verband met de noodzaak van efficiency.

⁵⁴ Vgl. Giesen & Coenraad 2009, p. 892. Het is ook toegestaan daarop acht te slaan, zie Smits 2008, p. 313.

⁵⁵ We moeten overigens oppassen om de gedachte dat efficiency mag meespelen, hier te verabsoluteren; die efficiëntie is niet allesbepalend. Als het om voorlopige oordelen gaat, is maatgevend of er een inhoudelijk oordeel over de merites van de zaak is gegeven en of de rechter vanuit zijn informatievoorsprong een grote invloed kan uitoefenen op zijn mederechters. Zie Kuijer 2004, p. 347 e.v.; Smits 2008, p. 313.

4 UITGELICHT (1): DE CONFIRMATION BIAS IN HET BURGERLIJK (PROCES)RECHT⁵⁶

4.1 Inleiding

De *confirmation bias* kan van wezenlijke invloed zijn op de praktische gang van zaken na voorlopige bewijsoordelen.⁵⁷ In deze paragraaf wordt daarom nader ingegaan op deze *bias*.

Oswald en Grosjean omschrijven de *confirmation bias* als volgt:

“Confirmation bias” means that information is searched for, interpreted, and remembered in such a way that it systematically impedes the possibility that the hypothesis could be rejected – that is, it fosters the immunity of the hypothesis.’⁵⁸

Nickerson stelt dat dit concept een aantal fenomenen en diverse meer specifieke ideeën omvat ‘that connote the inappropriate bolstering of hypotheses or beliefs whose truth is in question’.⁵⁹ Hij ziet dit als een impliciet en *onbewust* proces van selectiviteit bij het vergaren en gebruiken van bewijs. Een advocaat, daarentegen, gaat bewust op zoek naar steun voor zijn kant van het verhaal, en elke advocaat is ‘*motivated to confirm a particular position*’, aldus Nickerson. In het rechtsbedrijf zijn rechtshulpverleners dus bewust bezig met datgene wat bij anderen *confirmation bias* heet. Waar het hier uiteraard om gaat, is hoe de rechter hier in staat, in hoeverre hij onder invloed staat van de (onbewust optredende, echte) *confirmation bias*.⁶⁰ Er is alle aanleiding om daarvan uit te gaan, omdat rechters nu eenmaal ook mensen zijn, als mensen handelen, en dus even feilbaar zijn.⁶¹ En inderdaad is de *confirmation bias* ook vastgesteld onder rechters, zoals Rachlinski bijvoorbeeld heeft laten zien op grond van experimenten onder groepen rechters, gebaseerd op eerder uitgevoerde studies naar de *confirmation bias*.⁶²

56 Het navolgende is een uitgebreide bewerking van Giesen 2011a.

57 Een overzicht biedt bijv. Nickerson 1998, p. 175-220. Zie ook Lewicka 1998; Rachlinski 2012, p. 101 e.v.; Crombag 2010, p. 388 e.v., doch deze is vooral gericht op het strafrecht. De *confirmation bias* wordt ook wel de ‘*my-side bias*’ genoemd. Vgl. ook Baron 2008, p. 203 en Baron 1998, p. 12-13. Overigens wordt er ook veel onderzoek gedaan naar *confirmation bias* in de wetenschap, bijv. in peer review systemen, zie o.a. Mahoney 1977; Koehler 1993; MacCoun 1998; Fugelsang et al. 2004.

58 Oswald & Grosjean 2004, p. 79.

59 Nickerson 1998, p. 175. Dit is een veel aangehaald review-artikel over de *confirmation bias* waarvoor door Wason 1960 de basis is gelegd.

60 Nickerson 1998, p. 175.

61 Zie Rachlinski 2012, p. 87-93 en p. 105, met verdere verwijzingen. Zie ook Nickerson 1998, p. 192-193, die op onderzoek wijst waaruit blijkt dat *mock juries* onder invloed van de *confirmation bias* handelen.

62 Zie specifiek Rachlinski 2012, p. 101-104: ‘These results suggest that the confirmation bias might be an important influence on judges.’ Zie ook Crombag 2010, p. 390-391, alsmede Wagenaar c.s. 2010, p. 880-883.

De *confirmation bias* betreft aldus de tendens om alleen die informatie te zoeken en te gebruiken die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen.⁶³ Daarbij gaat het dus om vormen van *information processing* die min of meer onopzettelijk plaatsvinden,⁶⁴ en volgens Nickerson is dat '*fundamental*'.⁶⁵ Hierbij kan tevens aangenomen worden dat mensen de hun aangereikte (ook neutrale) informatie zodanig interpreteren, dat deze steun levert aan de eigen overtuiging.⁶⁶ Wanneer iemand een positie heeft ingenomen, wordt het eerste doel om die positie te verdedigen of rechtvaardigen.⁶⁷ Dat is ook zo als de omgang met het bewijs bij de start gelijkwaardig was. Na de keuze wordt die omgang *highly biased*.

De *confirmation bias* kan soms zelfs resulteren, zo wordt wel gesteld, in *overconfidence*⁶⁸ en/of *belief overkill*,⁶⁹ waarbij het steeds gaat om een overdreven mate van vertrouwen in iets of iemand, met als gevolg dat men niet wil luisteren, niet tot een compromis en niet tot samenwerking wil komen. De *confirmation bias* is overigens verwant aan een andere 'denk'-eigenaardigheid, bekend onder de noemer *belief perseverance*, waarbij mensen ergens in blijven geloven, zelfs als ze weten dat dat nergens op berust.⁷⁰ De verhouding met de *confirmation bias* is zo te duiden, dat het steeds erom gaat dat mensen in principe niet snel van mening zullen veranderen, omdat zij informatie die hun oorspronkelijk standpunt steunt, actief zoeken⁷¹ en overmatig waarderen,⁷² terwijl zij informatie die dat standpunt niet steunt, negeren en zeker niet zelf zoeken.⁷³ De *confirmation bias* en *belief perseverance* werken gelijktijdig en versterken elkaar.⁷⁴

63 Zie ook Rassin 2008, p. 75.

64 Oswald & Grosjean 2004, p. 79.

65 Nickerson 1998, p. 176.

66 Rassin 2008, p. 76.

67 Nickerson 1998, p. 177.

68 Uitvoerig Hoffrage 2004, p. 235 e.v. Zie over *overconfidence* ook Baron 1998, p. 83 e.v.; Nickerson 1998, p. 188-189, die o.a. constateert dat advocaten blijk geven van *overconfidence*; Plous 1993, p. 217 e.v., en Oskamp 1982, p. 287 e.v. Vgl. ook Straus, Parker & Bruce 2011, p. 133, die aangeven dat dit in groepen alleen maar erger wordt, zeker als het gaat om situaties waarin er geen verifieerbaar juiste antwoorden zijn. Wat zegt dat over de meervoudige kamer in civiele zaken waarin er ook nooit definitieve antwoorden aan de orde zijn?

69 Baron 1998, p. 9-14.

70 Zie Crombag 2010, p. 392, en de literatuur in de noten hierna. Vgl. ook Baron 2008, p. 203-205.

71 Nickerson 1998, p. 178.

72 Nickerson 1998, p. 178 en 180.

73 Zie nader Baron 2008, p. 143-144 en p. 203 e.v.; Nickerson 1998, p. 180 en p. 187, die dit ook duidt als een extreem voorbeeld van *confirmation bias*; Straus, Parker & Bruce 2011, p. 133; Crombag 2010, p. 392 e.v.; Van Koppen en De Keijser 2010, p. 861-873; Wagenaar et al. 2010, p. 880 e.v.

74 Specifiek zo Crombag 2010, p. 392.

4.2 *Bestaat er een verklaring voor de confirmation bias?*

Hoe kan de *confirmation bias* verklaard worden? Nickerson bespreekt uitvoerig enkele mogelijke verklaringen,⁷⁵ waarbij de hoofdmoot is dat mensen het eenvoudiger vinden om een propositie te geloven als ze willen dat deze waar is, dan wanneer zij wensen dat de propositie onjuist is. Mensen zouden dus gemotiveerd zijn om favoriete gezichtspunten te bevestigen. Daartegen is ingebracht dat het hier niet om een *motivational problem* gaat, maar om een cognitieve beperking. Vervolgens is betoogd dat zowel *motivational and cognitive factors* een rol spelen en elkaar beïnvloeden.

Concreter uitgewerkt zou het als mogelijke verklaringen kunnen gaan (i) om onze wijze van informatieverwerking, bijvoorbeeld de tendens om informatie te verzamelen over één hypothese per keer, om vervolgens niet simultaan te overwegen dat die hypothese ofwel waar ofwel onwaar kan zijn, of om het feit dat de persoon er gewoon niet aan denkt om een alternatief te overwegen. Ook zou (ii) de *positive test strategy* een verklaring kunnen bieden: de mens gaat op zoek, als *default* strategie, naar positieve antwoorden op vragen; het gaat dus om de tendens om te focussen op positieve en niet negatieve informatie.⁷⁶ Verder zou er (iii) sprake kunnen zijn van een *conditional reference frame*: de aandacht richten op een hypothese zou al genoeg zijn om het vertrouwen in de juistheid daarvan te doen toenemen. Maar wellicht gaat het niet zozeer hierom dat mensen in ‘de echte wereld’ de (on)juistheid van een hypothese willen vaststellen, maar (iv) beogen ze slechts om specifieke praktische doelen te bereiken of om bepaalde fouten te voorkomen en om wenselijke uitkomsten te bereiken. Als het er echt om spant, is men – evolutionair gezien logisch – meer bezorgd om wenselijke uitkomsten dan om de waarheid. Tot slot kan, volgens Nickerson zelf, (v) de maatschappelijke nadruk om te rechtvaardigen wat mensen geloven, ertoe leiden dat er een tendens ontstaat om bevestigend bewijs te zoeken. Uiteindelijk concludeert hij:

‘In the aggregate, the evidence seems to me fairly compelling that people do not naturally adopt a falsifying strategy of hypothesis testing. Our natural tendency seems to be to look for evidence that is directly supportive of hypotheses we favor (...).’⁷⁷

75 Zie voor al het navolgende Nickerson 1998, p. 197-205, waarvan deze alinea een te korte samenvatting is. Vgl. verder Lewicka 1998, p. 239 e.v., die de verklaringen hierna genoemd onder (ii) en (iv) bespreekt.

76 Oswald & Grosjean (2004) laten bijvoorbeeld zien dat specifieke onderzoeksresultaten wellicht ook te verklaren zijn doordat mensen als het gaat om het zoeken naar informatie deze zogenoemde ‘*positive test strategy*’ gebruiken (de strategie om ‘bewijs’ te verzamelen is gericht op het vinden van een bevestiging, een positief resultaat, hetgeen dan lijkt op de *confirmation bias*). Dit alles sluit aan bij de neiging die zo nu en dan de kop opsteekt bij juristen om bewijs van negatieve feiten zo veel mogelijk te omzeilen. Een reden voor een bewijslastomkering is dat niet, vgl. Giesen 2001, p. 88.

77 Nickerson 1998, p. 211.

Zonder kritiek is de theorievorming omtrent de *confirmation bias* overigens niet gebleven. Zo stellen Oswald en Grosjean dat het interpreteren van informatie die congruent is met de eigen hypothese, op andere wijze (lees: minder kritisch) plaatsvindt,⁷⁸ in elk geval als iemand gemotiveerd is een bepaalde hypothese te volgen (iemand gelooft bij voorbaat ergens in, is emotioneel betrokken).⁷⁹ Er wordt echter evenzeer gesteld dat de *confirmation bias* ook optreedt bij personen die *geen* specifieke motivatie hebben om een bepaalde overtuiging te verdedigen.⁸⁰ Beide varianten zijn volgens Nickerson ‘*well documented*’.⁸¹ Andere kritiek die is aangevoerd tegen de *confirmation bias* is dat personen weliswaar niet actief op zoek gaan naar ‘ontkrachtende’ informatie, maar dat men wel bereid is deze informatie mee te nemen als deze gepresenteerd wordt.⁸² Dat is in potentie ook juridisch relevant, omdat de rechter in principe zelf geen informatie (bewijs) verzamelt (dat doen de procespartijen). Volgens deze kritiek zou een rechter de aanvullende informatie die door partijen wordt aangereikt, dus wél gewoon meewegen. Wat er verder zij van deze kritieken, de *confirmation bias* wordt uiteindelijk wel als robuust gezien.⁸³

4.3 *Mogelijke confirmation bias-gerelateerde problemen in een civiele procedure*

Het hiervoor in paragraaf 3.2 geschetste voorbeeld waarbij de wijze van omgang in het civiele procesrecht met voorlopige en definitieve bewijsoordelen door dezelfde rechter(s) ter discussie werd gesteld, staat niet op zichzelf. Ook andere procesrechtelijke technieken, regels en instrumenten zouden wat ons betreft met de *confirmation bias* in verband kunnen worden gebracht.⁸⁴

Die *confirmation bias* is dan voor ons in elk geval aanleiding om niet al te makkelijk⁸⁵ over diverse, in de procespraktijk van belang zijnde vormen van ‘eerdere bemoeienis van de rechter met dezelfde zaak’ heen te stappen. Dat is allicht vervelend (inefficiënt) voor die praktijk, de rechterlijke macht voorop, maar het mensenrechtelijk perspectief (vooral de objectieve onpartijdigheid) weegt (ook) zwaar. Waar bijvoorbeeld Smits geen probleem

78 Oswald & Grosjean 2004. De conclusies van Oswald en Grosjean over de waarde en het bestaan van de *confirmation bias* zijn uiteindelijk echter niet erg helder. Zie ook nog Eysenck & Keane 2005, p. 472-475, die wisselende resultaten presenteren.

79 Oswald & Grosjean 2004, p. 90-92. Zie ook Nickerson 1998, p. 176; Baron 1998, p. 85.

80 Nickerson 1998, p. 178.

81 Nickerson 1998, p. 176.

82 Lewicka 1998, p. 237.

83 Lewicka 1998, p. 239, en Nickerson 1998, p. 175 en 177.

84 Er is ook onderzoek gedaan naar de *confirmation bias* in een juridische setting, zie bijv. Nickerson 1998, p. 193-194, en par. 4.1 hiervoor, maar experimenteel onderzoek gericht op de mogelijke probleemvelden die wij hierna bespreken (zoals: na een tussenvonnissen dezelfde rechters laten beslissen), bestaat naar wij weten niet.

85 Anders: Smits 2008, p. 315-316. Vgl. ook al Giesen & Coenraad 2009, p. 892.

ziet als het gaat om een *comparitierechter* die een voorlopig oordeel geeft over de proceskansen van partijen, waarna deze vervolgens later zelf het vonnis (of arrest, comparities worden in hoger beroep steeds vaker ingezet) concipieert, omdat dat efficiënt is, zouden wij ons kunnen indenken dat daarmee net iets minder stellig wordt omgesprongen. Efficiëntie kan namelijk nog veel meer verantwoorden; juist een bevooroordeelde rechter zal immers snel en efficiënt kunnen besluiten. De Hoge Raad zal waarschijnlijk echter oordelen dat het ook hierbij om een tussenstap en om een oordeel in een eerdere fase van de procedure gaat, maar wij zien dan wel het gevaar dat ook (beter wellicht: zelfs) als de rechter later inziet dat hij iets te snel een bepaalde kant is opgegaan, deze lastig daarvan terug zal (kunnen) komen. Het is immers niet best voor zijn reputatie ('weet niet wat hij wil') om dat te doen.

Ook hebben wij – let wel: zonder automatisch tot een andere normatieve afweging te komen – meer aarzeling dan Smits⁸⁶ bij het geval van een rechter die in een *incidenteel vonnis* al een standpunt inneemt (en veelal moet innemen) over een *geschilpunt in de hoofdzaak*, zoals dat bijvoorbeeld aan de orde was in het arrest *De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*,⁸⁷ waarin de rechter in eerste aanleg niet alleen de vraag naar zijn bevoegdheid beantwoordde, maar daarbij ook al oordelen moest over enkele geschilpunten die ook weer in de hoofdzaak aan de orde zouden komen. In cassatie was daarna onder andere de vraag aan de orde of de rechter in eerste aanleg nog wel onpartijdig zou kunnen oordelen (hetgeen dan reden zou kunnen zijn om wel hoger beroep tegen de bevoegdheidsbeslissing toe te laten). De Hoge Raad verwierpt de klacht dat de rechter niet als onpartijdig rechter zal kunnen beslissen met het nogal apodictisch overkomende oordeel dat die stelling onjuist is, omdat 'van partijdigheid als waartegen genoemde verdragsbepaling waakt in zodanig geval niet kan worden gesproken'.

Waarschijnlijk leunde de Hoge Raad hier op de conclusie van A-G Franx. Welbeschouwd zegt Franx echter ook niet meer dan dat de rechter in eerste aanleg na het gewone verloop van de procedure onbevangen mag en moet beslissen over de eerder al besproken beslis- punten (hij zegt dus niet dat dit noodzakelijkerwijs gebeurt), dat de rechter dat in andere processuele gevallen ook moet en kan doen (wat niet wil zeggen dat het ook gebeuren zal), en dat de stelling dat dit in strijd met artikel 6 EVRM zou zijn, een structurele aanval is op het hele procesrecht, en niet past bij de strekking van dat artikel.

Uiteraard zit in dat laatste, die 'aanval', de echte pijn, want het zou inderdaad een stevige bijl aan de wortel van het procesrecht zijn als voorlopige oordelen niet meer door de Straatsburgse beugel van onpartijdigheid zouden kunnen. Althans, het zou de organisatie en financiële spankracht van ons procesrecht stevig door elkaar schudden. De Hoge Raad

⁸⁶ Smits 2008, p. 314. Zo ook Stein & Rueb 2009, p. 34.

⁸⁷ HR 30 juni 1989, NJ 1990, 382 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*).

schrikt daar – op zichzelf niet onterecht – van terug,⁸⁸ hoewel het ook denkbaar zou zijn dat voorlopige beslissingen genomen worden door een andere rechter dan degene die de zaak inhoudelijk beslist (bijvoorbeeld door te rouleren, of via een speciale kamer die dit soort voorvragen beantwoordt, de ‘voorvragen’-kamer) of door tussenvonnissen in de ban te doen.

Dit klemmt temeer, omdat het idee dat een rechter ten prooi zou kunnen vallen aan de *confirmation bias* een steviger antwoord verdient dan tot nu toe in de rechtspraak is gegeven. Met name ook de overweging van Franx⁸⁹ dat ‘iedere rechter met praktijkervaring’ die neiging kent, doch dat deze zich daarvan bewust is en die neiging weet te onderdrukken, is een empirisch ongefundeerde claim waarbij toch vooral de wens de vader van de gedachte lijkt te zijn. Uit onderzoek blijkt immers dat het onderdrukken van deze *bias* erg lastig is, ook als iemand zich ervan bewust is (zie par. 7.2).

Als het gaat om mogelijke problemen van afstemming tussen het civiele procesrecht en deze *bias*, denken wij bijvoorbeeld ook nog aan de *verwijzing na cassatie*. Als een zaak in cassatie (deels) vernietigd wordt en de Hoge Raad de zaak niet zelf af kan doen of wil doen, volgt verwijzing naar een gerechtshof, zie artikel 420-422 Rv.⁹⁰ Geregeld wordt dan verwezen naar een *ander* gerechtshof dan dat waar de zaak in eerste instantie vandaan kwam of soms naar de rechter in eerste aanleg, maar de wettelijke regel (zie art. 422a-423 Rv) gaat juist uit van verwijzing naar *hetzelfde* oorspronkelijke hof.⁹¹ Het is de vraag of dat laatste wel zo handig is. Hoe vrij zal de rechter, ook de volstrekt integere raadsheer, zich voelen en/of daadwerkelijk zijn om diezelfde zaak nogmaals met geheel frisse blik, op de overblijvende punten die na cassatie nog open staan, te beoordelen? En moet de rechterlijke macht wel willen dat die raadsheer in een positie komt waarin daarover getwist zou kunnen worden? Waarschijnlijk is afdoening door een ander hof beter; en als hetzelfde hof dan toch aan de slag moet, dan is het beter om andere rechters op de zaak te zetten. Maar dat strijdt dan weer met allerlei vormen van efficiëntie (opnieuw moeten inwerken in dossiers door andere rechters), zodat het in de rede ligt hier nader onderzoek naar te (laten) doen.⁹²

Ook andere voorbeelden zijn denkbaar. Zo zal de rechter die onder invloed van de *confirmation bias* niet direct op zoek is of gaat naar ontkrachtende of tegenstrijdige infor-

88 Zie ook HR 16 januari 2009, NJ 2009, 562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*) en de verzuchting van Snijders, sub 2.b: ‘Men mag er niet aan denken wat er was gebeurd indien de Hoge Raad een dergelijke grond had gehonoreerd.’

89 Zie diens conclusie onder nr. 6.5.4, voor HR 30 juni 1989, NJ 1990, 382 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*).

90 De Hoge Raad geniet hierbij veel vrijheid, zie Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 166.

91 Zie nader Asser-Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005, nr. 180-181.

92 Uiteraard speelt dit op dezelfde wijze in die (tegenwoordig zeldzame) gevallen waarin eventueel een *terug-verwijzing van een hof naar een rechtbank* aan de orde is, zoals na bekrachtiging (of eventueel bij vernietiging) in hoger beroep van een tussenvonnis. Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 154. Juridisch gezien mag een hogere rechter echter een zaak terugverwijzen naar een lagere instantie; het Europese Hof voor de Rechten van de Mens staat dit toe. Zie Smits 2008, p. 312 e.v. met verwijzingen.

matie, allicht minder snel genegen zijn om via artikel 22 Rv (of langs andere weg) *additionele informatie* te *vergaren*. Immers, voor de rechter in kwestie is de zaak al helder, de feiten zijn duidelijk, de uitkomst ligt voor de hand, dus waarom nog extra moeite doen, nietwaar?

De neiging om niet actief ontkrachtende informatie te verzamelen, kan ook een rol spelen bij de vraag of nader bewijs nodig is. Hoe vaak vraagt een civiele rechter *ambtshalve* om *nader bewijs* bij te brengen? Dat is zeldzaam, om niet te zeggen zeer zeldzaam, en dat ligt – zo wordt gesteld – aan het uitgangspunt dat de procespartijen het bewijs bijbrengen, en niet de rechter (als uitvloeisel van de partijautonomie). Wij vragen ons af of daar wellicht niet meer meespeelt.

Ook bij specifieke verzoeken van een partij om bepaalde bewijsmiddelen toe te laten en de vraag of die dan toegelaten moeten worden en dus ook bij de vraag hoe om te gaan met een *bewijsaanbod*, is enige invloed van de *confirmation bias* niet ondenkbaar. Vandaar de regel dat het passeren van een bewijsaanbod niet gegrond mag worden op een prognose van het resultaat van die bewijslevering.⁹³ En vandaar ook dat het goed is dat het aanbod tot het leveren van bewijs door getuigen gehonoreerd moet worden ('beveelt de rechter (...) zo vaak een der partijen het verzoekt'), hoewel ook die regel gekwalificeerd is (de feiten moeten betwist zijn en tot beslissing van de zaak kunnen leiden, art. 166 Rv).⁹⁴

Als wij langs deze lijnen doordenken – nieuwe informatie wordt niet gezocht – dan komt tot slot allicht ook artikel 149 Rv in beeld. De strekking van artikel 149 Rv – in het licht van de partijautonomie – is dat het bewijsrecht (de regels van bewijslastverdeling, de bewijswaardering, de bewijskracht van bewijsmiddelen, het bewijsaanbod, etc.) alleen hoeft te worden toegepast als er voldoende (feitelijk) gesteld is en die stellingen vervolgens voldoende betwist zijn. Als de rechter echter al weet wat de uitkomst van de zaak moet zijn, en hij slechts op zoek is naar bevestiging van die gedachte, is daarin dan niet een mogelijke verklaring gelegen voor het fenomeen dat rechters nogal eens de neiging schijnen te hebben (hard empirisch bewijs van die stelling wordt nooit aangevoerd overigens) de zaak af te doen op onvoldoende stellen/betwisten door procespartijen.⁹⁵ Gelukkig wordt er tegenwoordig al op gehamerd dat artikel 149 Rv niet te vrijelijk gebruikt mag worden en dat bewijslevering geen gunst maar een recht is.⁹⁶

93 Hugenholtz & Heemskerk 2009, nr. 87.

94 Hugenholtz & Heemskerk 2009, nr. 87.

95 Zie Ashmann 2010, p. 13 e.v.; Zie ook Asser 2012.

96 Asser 2012.

5 UITGELICHT (2): HET ANCHORING EFFECT IN HET BURGERLIJK (PROCES)RECHT

5.1 Inleiding

De tweede *bias* waarop hier nader wordt ingegaan is het *anchoring effect*. Dit effect betreft het proces waarin iemand – doorgaans onbewust – een gegeven als ‘anker’, als startpunt, neemt voor zijn besluit.⁹⁷ Vooral in aansprakelijkheidszaken – waar het immers in de meeste gevallen gaat om het toekennen van een schadevergoeding – kan het *anchoring effect* een sterke invloed uitoefenen op de besluitvorming door de rechter.⁹⁸

Tversky en Kahneman signaleerden het *anchoring effect* reeds in 1974.⁹⁹ In een experiment werd een getal (een anker) vastgesteld door middel van een rad waarop de getallen 10 en 65 waren vermeld. Vervolgens werden er aan de deelnemers twee vragen voorgelegd. De eerste vraag was een vergelijkende vraag en de tweede een absolute (*standard anchoring*). Als voorbeeld: bij het thema ‘Afrikaanse landen in de VN’ werd als eerste de vraag voorgelegd of het percentage Afrikaanse landen in de VN hoger of lager is dan het nummer dat het rad aanwijst. De tweede (absolute) vraag was wat het percentage van Afrikaanse landen in de VN is. Ondanks dat de deelnemers wisten dat het nummer van het rad willekeurig was gekozen (dat hadden zij immers gezien) en dus niets te maken had met de antwoorden die zij zouden moeten geven, bleek het (hoge of lage) getal (het ‘anker’) een effect te hebben op de percentages die werden genoemd. Het (hoge of lage) getal dat werd voorgelegd bij de vergelijkende vraag vormde een anker, een startpunt, voor het antwoord op de absolute vraag.

Dit effect wordt het *anchoring effect* genoemd. Volgens Carroll, Petrusic en Leth-Steensen moet er voldaan zijn aan twee minimumvoorwaarden om het *anchoring effect* te doen intreden. De eerste voorwaarde is dat het doel (*target*) geschat moet kunnen worden en dat over dat doel nog geen zekerheid bestaat. De tweede voorwaarde houdt in dat er een schatting moet kunnen plaatsvinden op een lineaire schaal (iets moet meer of minder zijn dan getal ‘X’ (het anker)).¹⁰⁰ Als aan deze voorwaarden voldaan is en er een *anchoring-effect* intreedt, dan staat vast dat het gaat om een ‘extreem robuust’ fenomeen.¹⁰¹ Zoals ook

97 Zie o.a. Tversky & Kahneman 1974; Chapman & Johnson 1999; Jacowitz & Kahneman 1995. Het anker hoeft geen numeriek gegeven te zijn, zie Oppenheimer, LeBoeuf & Brewer 2008; Carroll, Petrusic & Leth-Steensen 2009 (over *semantic priming*). Wij beperken ons hierna tot numerieke ankers, omdat het onderzoek dat is verricht (of tenminste is gepubliceerd) zich vooralsnog daarop richt. Het onderzoek waaraan hierna wordt gerefereerd, betreft met name experimenteel laboratoriumonderzoek.

98 Zie over *anchoring* in strafrechtelijke context Raats 2012 en Klijn 2013.

99 Tversky & Kahneman 1974.

100 Carroll, Petrusic & Leth-Steensen 2009, p. 306.

101 Zie o.a. Chapman & Johnson 1999, p. 149; Galinsky & Mussweiler 2001, p. 659; Mussweiler, Englich & Strack 2004, p. 185-186; Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 195; Englich 2008, p. 902; Russo 2010, p. 25; Maaravi,

uit het experiment van Tversky en Kahneman naar voren kwam, doet het *anchoring effect* zich voor ongeacht of de betrokken besluitvormer (of proefpersoon) weet dat het anker willekeurig is gekozen.¹⁰² Dat is zelfs het geval bij volstrekt onaannemelijke ankers.¹⁰³

Expliciete instructies over het *anchoring effect* kunnen de werking daarvan niet (geheel) opheffen.¹⁰⁴ Voorts lijkt ook de expertise van de besluitvormers het *anchoring effect* niet te kunnen doen verdwijnen. Dat geldt ook voor juristen, zo blijkt uit verschillende experimenten (zie par. 5.3).¹⁰⁵ Verder kan een numeriek gegeven dat is gepresenteerd zonder dat de ontvanger zich daarvan bewust is geweest, invloed uitoefenen op iemands beslissing.¹⁰⁶ Het effect doet zich bovendien voor niet alleen waar het gaat om beslissingen door individuele besluitvormers, maar ook bij groepsbeslissingen.¹⁰⁷ Ten slotte bestaan er aanwijzingen dat het *anchoring effect* gedurende een langere periode van tijd kan voortduren.¹⁰⁸

Afgezien van de robuustheid van het *anchoring effect* is het belangrijk om op te merken dat een veelheid van verschillende ankers in potentie invloed kan uitoefenen op de besluitvorming. Het gaat, met andere woorden, niet alleen om numerieke gegevens die expliciet worden voorgelegd aan deelnemers aan een experiment (in ons geval: de rechter) maar ook, zo stellen Englich, Mussweiler en Strack, om ankers uit de massamedia, om ankers die bewust of onbewust zijn opgeroepen door bezoekers van een zitting en om ankers die voortvloeien uit de mening van de rechter of van zijn partner, familie of burens.¹⁰⁹ Isolatie of uitsluiten van die informatie lijkt (en is) onmogelijk. Het belang van *debiasing* is daarom groot. Er bestaat alleen een probleem: de wijze waarop het effect zou kunnen worden opgeheven, is nog niet gevonden (zie verder par. 7.3).

Ganzach & Pazy 2011, p. 245; Kahneman 2011, p. 119. Zie ook Wegener et al. 2010a, p. 6; Carroll, Petrusic & Leth-Steensen 2009, p. 306.

102 Tversky & Kahneman 1974, Cervone & Peake 1986, Chapman & Johnson 1999, p. 136-137 en 139; Englich, Mussweiler & Strack 2006. Zie echter Strack & Mussweiler 1997, p. 440: 'The presented findings suggest that the strength of the anchoring effect depends on how applicable the activated information is perceived to be.'

103 Strack & Mussweiler 1997; Mussweiler & Strack 1999.

104 Chapman & Bornstein 1996; Hastie, Schkade & Payne 1999; Englich, Mussweiler & Strack 2006. Zie echter ook Strack & Mussweiler 1997, p. 441-442 (het anker zou relevant moeten zijn voor de besluitvorming wil het effect zich voordoen).

105 Englich & Mussweiler 2001; Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 188-200. Zie echter Mussweiler & Strack 1999: extra kennis over het te nemen besluit leidt – in hun onderzoek – wel tot een minder groot *anchoring effect*. Voor een overzicht van situaties waarin het *anchoring effect* voordoet, zie Chapman & Johnson 1999, p. 117; Mussweiler 2001, p. 431.

106 Mussweiler & Englich 2005.

107 Whyte & Sebenius 1997, p. 80 en 81 (onderhandelingsituatie).

108 Mussweiler 2001. Kritisch zijn Thorsteinson et al. (2008, p. 37), omdat het onderzoek van Mussweiler betrekking had op kennisvragen waarvan het niet voor de hand lag dat in de tussentijd andere informatie zou worden vergaard die als anker zou kunnen dienen. Het *anchoring effect* wordt overigens ook wel als verklaring aangevoerd voor diverse andere *biases*, zoals *framing*. Hierover Chapman & Johnson 1999, p. 117. Hier wordt echter alleen stilgestaan bij de kern van het *anchoring effect*: het gegeven dat bij besluitvorming aansluiting wordt gezocht bij een numeriek gegeven dat 'beschikbaar' is voor de besluitvormer.

109 Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 198.

5.2 Verklaringen voor het anchoring effect

In de literatuur worden drie (hoofd)verklaringen gegeven voor het *anchoring effect*.¹¹⁰ Deze drie verklaringen bieden niet dé verklaring voor *anchoring* en werken bovendien niet exclusief. Zoals Jacowitz en Kahneman stellen: ‘One or more might be true in different cases, ostensibly uninformative anchors provide large effects.’¹¹¹

De eerste – en tevens oudste – verklaring, afkomstig van Tversky en Kahneman,¹¹² wordt *insufficient adjustment* genoemd.¹¹³ Dit idee houdt in dat iemand bij het nemen van zijn besluit een anker als startpunt heeft, en dat in het proces van het ‘startpunt’ naar de ‘eindbeslissing’ onvoldoende aanpassing plaatsvindt om tot een ‘goed’ (*bias-vrij*) besluit te kunnen komen.¹¹⁴

Als tweede verklaring wordt ook wel het *priming effect* genoemd, door Kahneman betiteld als een denkfout van het automatische systeem.¹¹⁵ *Priming* houdt kort gezegd in dat iemands beslissing (en gedrag) beïnvloed kan worden door (irrelevante) informatie, omstandigheden, of omgevingsfactoren.¹¹⁶ Een bekend voorbeeld biedt het *Florida-experiment*.¹¹⁷ Studenten moesten een zin maken van vier woorden uit een lijst van vijf woorden. Een deel van de groep moest een zin maken met woorden zoals ‘Florida’, ‘forgetful’, ‘bald’, ‘gray’ en ‘wrinkle’. De kern van het onderzoek werd daarna uitgevoerd: de studenten moesten door een gang naar een andere ruimte lopen. De studenten die een zin moesten maken met (onder andere) de woorden die te maken hadden met ouderdom, liepen significant langzamer door de gang dan de andere studenten. Perceptie die beïnvloed wordt door middel van *priming*, kan gedrag, keuzes of besluitvorming beïnvloeden.

Een verschil tussen *priming* en *anchoring* is echter dat het *priming effect* veel minder robuust is dan het *anchoring effect*. Zo bestaan er mechanismes om dit effect te laten verdwijnen, terwijl dat in geval van *anchoring*, zoals in het voorgaande reeds besproken, nog niet is aangetoond (zie ook par. 7). Als verklaring hiervoor is genoemd dat het *priming effect* zich voordoet, omdat van buiten komende invloeden een beslissing tot stand brengen, terwijl het *anchoring effect* van ‘binnenuit’ komt: een *self-generated anchor*, een numeriek

110 Hierover Orr & Guthrie 2006, p. 602-605 (zij noemen bovendien de ‘social implication theory’); Englich 2006, p. 503-505; Wegener 2010a, p. 6-7; Russo 2010, p. 25; Frederick, Kahneman & Mochon 2010, p. 17. Kritisch over onderzoek dat gaat over de zoektocht naar één verklaring voor het *anchoring effect* zijn Wegener et al. 2010a, p. 7-8.

111 Jacowitz & Kahneman 1995, p. 1161. Zie ook Epley & Gilovich 2001, p. 395.

112 Zie over hun verschil van mening Kahneman 2011, p. 120 en 122.

113 Tversky & Kahneman 1974. Kritisch zijn (later) Jacowitz & Kahneman 1995; Chapman & Johnson 1999, p. 119. Zie ook Mussweiler, Englich & Strack 2004, p. 189. Zie echter Epley & Gilovich 2001 die betogen dat de verklaring van *adjustment* (zeker) nog steeds opgaat voor wat betreft *self-generated anchors*.

114 Kahneman 2011, p. 120.

115 Hierover o.a. Jacowitz & Kahneman 1995, p. 1162; Mussweiler, Englich & Strack 2004, p. 190-191; Kahneman 2011, p. 122-123.

116 Kahneman 2011, p. 122.

117 Hierover Kahneman 2011, p. 53.

gegeven dat niet expliciet is voorgelegd, maar door iemand zelf op een eerder moment is 'opgepikt'.¹¹⁸ Het genereren van zo'n anker kan wel worden gestuurd door middel van onderzoek: in de eerste vraag wordt een antwoord in de vorm van een getal gevraagd en vervolgens wordt dat getal bij het beantwoorden van de tweede vraag als anker gebruikt. Een anker blijft dan echter door die persoon zelf gegenereerd.

De laatste – en 'heersende' – verklaring is afkomstig Mussweiler en Strack en heeft betrekking op het idee van *selective accessibility of information*.¹¹⁹ In de kern houdt deze verklaring in dat een persoon een beslissing neemt op basis van de informatie die voor hem beschikbaar is ('in zijn hoofd') en dat die beschikbaarheid wordt gestuurd door gepresenteerde ankers. Volgens Strack en Mussweiler zou dit gegeven een verklaring kunnen zijn voor de robuustheid van het *anchoring effect*, omdat besluitvormers een beslissing nemen op basis van (op dat moment 'in hun hoofd') beschikbare informatie en die beschikbare informatie wordt mede geselecteerd op basis van het gepresenteerde anker.¹²⁰

Deze laatste verklaring sluit aan bij het onderzoek van Chapman en Johnson, dat suggereert dat een numeriek groot anker leidt tot het zoeken van ankerbevestigende argumenten, terwijl een numeriek klein anker een prikkel vormt tot het zoeken van tegenargumenten. Chapman en Johnson noemen dit fenomeen '*anchoring as activation*',¹²¹ en leggen een verband met het idee van de *confirmation bias*: '*These results indicate that decision makers naturally consider consistent features but do not consider inconsistent features unless expressly instructed to do so.*'¹²²

Een ander interessant onderzoeksresultaat (van Chapman en Johnson) is dat discussie direct voorafgaand aan de besluitvorming een sterker *anchoring effect* kan opleveren. De verklaring die hiervoor wordt genoemd, is dat de beschikbare argumenten die ankerbevestigend zijn nog fris in het geheugen liggen en dus eenvoudiger te genereren zijn:

118 Belangrijk is de redenering van Englich, Mussweiler & Strack over de reden waarom er bij *anchoring*-onderzoek geen controlegroep wordt gecreëerd: een controlegroep betrekken in het onderzoek ter controle van de resultaten van het onderzoek zou (onder andere) nutteloos zijn, omdat waarschijnlijk is dat in afwezigheid van een experimenteel anker de deelnemers een eigen anker creëren. Zij noemen een controlegroep in deze situatie een '*self-anchored control group*'. Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 195. Er wordt in de literatuur nog een vierde verklaring genoemd, te weten *conversational inference*, waarmee wordt bedoeld dat door 'conversatieregels' personen toch de gedachte hebben dat het getal dat wordt genoemd door één van de gesprekspartners relevant is (of zou moeten zijn) voor het besluit dat moet worden genomen. Zie Jacowitz & Kahneman 1995, p. 1162; Mussweiler, Englich & Strack 2004, p. 190.

119 Strack & Mussweiler 1997; Mussweiler & Strack 1999; Brewer & Chapman 2003 (*contrast* en *anchoring effect*); Mussweiler, Englich & Strack 2004, p. 191-194; Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 196-197.

120 Strack & Mussweiler 1997, p. 444-445. Zij noemen in dit verband ook het feit dat een anker *self-generated* kan zijn: door iemand zelf ergens zijn 'opgepikt'.

121 Chapman & Johnson 1999, p. 119 e.v.

122 Chapman & Johnson 1999, p. 140.

*'This result is interesting, since it suggests than [sic] anchoring effects might interact with available information about a domain. That is, those who have more information or reasons at their disposal, but who must construct (and not retrieve) an answer, may be more prone to the effect of irrelevant anchors, because they have a larger set of reasons which can be affected by biased search.'*¹²³

Met andere woorden, de directe beschikbaarheid van argumenten (voor/tegen) zou het *anchoring effect* versterken. Als deze conclusie van Chapman en Johnson kan worden doorgetrokken naar juridische besluitvorming door de rechter, zou dit een interessante vaststelling opleveren: door de aard van een juridisch geschil (partijen verzamelen argumenten voor en tegen en de rechter beslist) zou er een sterker *anchoring effect* kunnen voordoen indien de ankerbevestigende argumenten direct voor de besluitvorming – bijvoorbeeld bij pleidooi – zijn genoemd.¹²⁴

Het idee van *selective accessibility of information* (dat wil zeggen: het type anker – hoog of laag – stuurt de selectie van informatie die beschikbaar is in iemands cognitie) lijkt zich echter niet bij iedere vorm van *anchoring* even sterk voor te doen. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen *standard* en *basic anchoring*. *Standard anchoring* houdt in dat er zowel een vergelijkingsvraag als een absolute vraag wordt voorgelegd (vergelijk het eerder besproken experiment van Tversky en Kahneman), terwijl bij *basic anchoring* alleen een absolute vraag wordt gesteld. Het tweefasenproces van *standard anchoring* lijkt de selectie van ankerconforme informatie te versterken. De besluitnemer wordt namelijk als eerste geconfronteerd met een vergelijkingsvraag, zoekt in het kader daarvan ankerbevestigende argumenten en vervolgens wordt aan hem of haar een absolute vraag gesteld.¹²⁵

Zoals gezegd, bestaat niet één verklaring voor het *anchoring effect*. Wat duidelijk lijkt te worden – uit recenter onderzoek – is dat *anchoring* een veelzijdig fenomeen is en dat het effect dat uitgaat van een anker verschilt naargelang het type onderzoek dat wordt verricht.¹²⁶ Met andere woorden, recenter onderzoek beschouwt het *anchoring effect* niet

123 Chapman & Johnson 1999, p. 143.

124 Toch hoeft het aanreiken van argumenten bij het noemen van het eerste anker niet positief te werken. Uit de onderzoeksresultaten van Maaravi, Ganzach & Pazy – in het kader van niet-juridische onderhandelingen – blijkt namelijk dat er een boemerangeffect kan uitgaan van die argumenten. Dat lijkt namelijk het geval indien het eenvoudig is om vervolgens tegenargumenten te noemen. Argumenten noemen bij het eerste bod zou averechts kunnen werken: het onderhandelingsresultaat is minder gunstig voor degene die het eerste bod doet. Het eerste bod dat gepaard gaat met argumenten zou worden beschouwd als een poging om iemand over te halen en dat zou contraproductief werken ten aanzien van het onderhandelingsresultaat, omdat in die situatie meer tegenargumenten zouden worden gezocht. Deze resultaten zijn ook 'vertaald' naar een *anchoring-effect*-situatie. En ook daar lijkt een gelijke conclusie te gelden, zij het dat het effect zich alleen voordoet indien dat bod extreem is en er eenvoudig tegenargumenten kunnen worden gegenereerd. Maaravi, Ganzach & Pazy 2011, p. 251-252.

125 Zie hierover ook Sailors & Heyman 2011, p. 1038.

126 Zo noemen Frederick & Mochon in 2012 nog een verklaring voor het *anchoring effect*, te weten het *scaling effect*: 'Such results are compatible with our view of anchoring as a scaling effect – a change in the way

als één *bias* die zich in alle situaties in gelijke mate en op dezelfde wijze voordoet, maar als een fenomeen dat zich voordoet in allerlei situaties en bestudeerd zou moeten worden als een veelzijdig begrip dat in potentie in verschillende situaties op verschillende wijzen tot uitdrukking kan komen.¹²⁷ In tegenstelling tot verricht onderzoek door bijvoorbeeld Mussweiler en Strack, waarin werd gezocht naar één verklaring voor het *anchoring effect*, wordt nu in de literatuur voorgesteld om het onderzoek naar *anchoring* toe te spitsen op de verschillende vormen ervan, door te identificeren welke contextuele aspecten (vooral sociale aspecten) zorgen voor een versterking van het *anchoring effect* en om te bestuderen welke effecten nog meer van *anchoring* uitgaan, behalve de invloed op de extremiteit van het oordeel.¹²⁸ Het *attitudes and persuasion perspective* zou bij deze onderzoeksvragen een rol moeten worden toegedicht.¹²⁹ De aanzet tot een combinatie van *judgment and decision theory* en *attitudes and persuasion theory* kwam van Wegener en de zijnen.¹³⁰

Door deze theorieën te combineren, hebben Wegener et al. onder andere het *anchoring effect* in verband gebracht met het aanzien van een persoon. Uit hun onderzoek blijkt dat er een significant sterker *anchoring effect* bestaat indien het numerieke gegeven dat als anker gaat fungeren, afkomstig is van een expert in plaats van van een ongeloofwaardige bron.¹³¹ Op zich lijkt dit effect niet opzienbarend en ook niet per definitie onwenselijk (een expert heeft immers ogenschijnlijk meer deskundigheid). De vraag is echter wie als expert gezien wordt; moet in een juridische context dan bijvoorbeeld gedacht worden aan een advocaat met hoog aanzien, een hoogleraar of een rekenmeester? En wat gebeurt er als het anker irrelevant is of niet conform de werkelijkheid?

Belangrijk lijkt ook de opmerking van Epley en Gilovich over expertise: vanuit het *attitudes and persuasion perspective* lijkt het aannemelijk dat er een sterker *anchoring effect*

numeric labels are being used in a particular context unaccompanied by any change in the beliefs or mental representation of the entity being judged. The results seem less consistent with a selective accessibility account as it is typically adumbrated.' (p. 131)

127 Zie ook Russo 2010.

128 Epley & Gilovich 2010, p. 21.

129 Zij noemen o.a. de samenhang tussen *anchoring* en *intuitive approximations, best- and worse-case scenarios, incidental anchors, environmental suggestions* (de suggestie dat het anker toch relevant is, ondanks dat gezegd wordt dat het niet zo is) en *magnitude priming*, Epley & Gilovich 2010.

130 Wegener et al. 2010a en Wegener et al. 2010b. Hierover Epley & Gilovich 2010, Russo 2010, Frederick, Kahneman & Mochon 2010.

131 Wegener et al. 2010a, p. 10-11. Russo reageert instemmend op het idee om twee theorieën te combineren, maar wijst er ook op dat daarmee geen verklaring is gevonden voor het *anchoring effect*. Hij geeft twee alternatieve verklaringen: de eerste heeft betrekking op het doel dat mensen hebben, het tweede op de behoefte van mensen aan consistentie, Russo 2010, p. 27. Frederick, Kahneman & Mochon zijn kritisch over de conclusies (en ideeën) van Wegener et al. Zo ook over het gesuggereerde effect van expertise: 'Any model of judgment would conclude that more reliable information would be weighted more and that judgments should assimilate towards these highly informative numbers. Thus, these results seem to have little to do with anchoring at all, as we understand that term.' Frederick, Kahneman & Mochon 2010, p. 18. Zie voor een reactie Wegener et al. 2010b. Over de invloed van deskundigenberichten op de schadevaststelling door jury's zie Raitz et al. 1990.

zal ontstaan indien de besluitvormer het gevoel heeft, terecht of niet, dat hij of zij expertise heeft, ‘*and therefore find themselves to be highly credible sources*’.¹³² Als die gedachte wordt teruggekoppeld naar juridische besluitvorming, zou een hypothese kunnen zijn dat bij juridische besluitvorming door juristen – die opgeleid zijn in het nemen van juridische beslissingen – een sterker *anchoring effect* kan voordoen, juist omdat zij een gevoel van expertise hebben.

5.3 Een ding is helder: juristen zijn niet immuun voor het *anchoring effect*

Kan het *anchoring effect* zich ook voordoen bij rechterlijke besluitvorming? Volgens Englich, Mussweiler en Strack ligt dit minder voor de hand, om een vijftal redenen. Ten eerste gelden er regels en voorschriften die de invloed van irrelevante informatie op rechterlijke besluitvorming zouden moeten kunnen voorkomen. Ten tweede bestaan er binnen (bijvoorbeeld) het strafrecht duidelijke richtlijnen voor het opleggen van een straf. Wij noemen hier ook de smartengeldgids.¹³³ Voorts, en dat is het derde argument, bestaat er een omvangrijke bron van regelgeving waarin omschreven staat hoe bewijs moet worden verzameld, gepresenteerd en opgevoerd. Ten vierde zijn rechters getraind in en hebben ervaring met het nemen van beslissingen. Ten slotte zouden rechters gemotiveerd zijn om goede beslissingen te willen nemen.¹³⁴

Niettegenstaande deze argumenten blijkt uit onderzoek dat ook rechters, ondanks hun expertise, niet ongevoelig zijn voor numerieke ankers.¹³⁵ Er is meerdere malen vastgesteld dat rechters bij de vaststelling van de schade beïnvloed worden door irrelevante numerieke gegevens. Daarbij lijkt niet van belang over welke rechter het gaat: het *anchoring effect* is aangetoond bij besluitvorming door zowel de strafrechter (strafmaat) als de civiele rechter (bij de vaststelling van de vergoeding van immateriële schade en *punitive damages*).¹³⁶ In dit kader is aangetoond dat het effect zich voor kan doen onafhankelijk van de expertise van de rechter.¹³⁷ Belangrijk is ook wat Englich in dit verband opmerkt: er bestaat een

132 Epley & Gilovich 2010, p. 22. Zie echter Mussweiler & Strack 1999.

133 Men kan zich afvragen of de wijze waarop de smartengeldgids wordt samengesteld, leidt tot rechtvaardige smartengeldbedragen; de hoogte van die bedragen lijkt immers te stagneren en bijvoorbeeld niet mee te stijgen met de geldontwaarding. Zie o.a. Lindenbergh 2008, p. 65, 67-68, 75-78; Frenk & Van Dam 2012, nr. 2299.

134 Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 189.

135 Chapman & Bornstein 1996; Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001; Englich & Mussweiler 2001; Wistrich, Guthrie & Rachlinski 2005, p. 1286-1293; Englich, Mussweiler & Strack 2006; Orr & Guthrie 2006, p. 607-608. De genoemde publicaties betreffen experimenteel onderzoek, met uitzondering van de publicatie van Orr en Guthrie dat een meta-analyse betreft.

136 Englich & Mussweiler 2001 (strafrecht); Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001, p. 791-792 (privaatrecht); Englich, Mussweiler & Strack 2006 (strafrecht); Englich 2006 (strafrecht).

137 Englich & Mussweiler 2001, p. 1542-1546; Englich, Mussweiler & Strack 2006 (strafrecht). Zie ook Englich 2006.

verschil tussen ervaren en niet ervaren (strafrecht)juristen die deelnamen aan dit experiment, niet voor wat betreft de omvang van het *anchoring effect*, maar wél voor wat betreft de mate waarin zij overtuigd waren van de juistheid van hun beslissing: de ervaren juristen waren zekerder van hun beslissing dan de onervaren juristen.¹³⁸

Englich en Mussweiler hebben met hun onderzoeksresultaten laten zien dat het *anchoring effect* bij de (straf)rechter zich ook voor kan doen als het getal, het anker, overduidelijk irrelevant is. In één van hun experimenten werd het getal, het anker, vastgesteld door middel van de optelsom van twee dobbelstenen die door de deelnemende juristen zelf waren gegooid. Het resultaat was helder: ook hier deed zich een *anchoring effect* voor. Opmerkelijk was bovendien dat alle deelnemers zich relatief zeker voelden over hun beslissing. De overkoepelende conclusie van Englich, Mussweiler en Strack was daarom:

*‘Taken together, these findings demonstrate that even if legal experts randomly determined a sentencing anchor themselves by throwing a pair of dice, they were influenced by it. Judges assimilated their sentencing decisions towards these clearly irrelevant sentencing demands.’*¹³⁹

Englich, Mussweiler en Strack hebben aan de deelnemers van hun experiment geen extra informatie voorgelegd over bijvoorbeeld analoge zaken.¹⁴⁰ Om die reden heeft Englich wél nader onderzoek verricht naar de invloed van extra informatie op het *anchoring effect*. Belangrijk is dat zij onderscheid maakt tussen *standardanchoring* (vergelijkende en absolute vraag) en *basic anchoring* (absolute vraag).¹⁴¹ Het *anchoring effect* doet zich niet voor bij de groep die is geconfronteerd met alleen een absolute vraag en bovendien *relevante* informatie heeft gekregen over het getal waarover beslist moet worden. Bij de groep die geen relevante informatie heeft ontvangen, doet zich daarentegen wel het effect voor.¹⁴²

138 Englich 2006, p. 508.

139 Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 194.

140 Daarbij moet wel worden opgemerkt dat aan dit experiment ook strafrechtjuristen deelnamen en dat het *anchoring effect* zich ook voordeed bij hun besluitvorming. Het effect was zelfs vergelijkbaar met het *anchoring effect* dat zich voordeed bij besluitvorming door juristen die minder deskundig waren in het strafrecht.

141 Englich 2008.

142 Englich 2008, p. 900-901. Opvallend is voorts dat het *anchoring effect* in geval van *standard anchoring* sterker was in de situatie dat de besluitvormer relevante informatie had gekregen voor het nemen van zijn besluit, in vergelijking met de situatie waarin de besluitvormer die informatie niet had gekregen (p. 901). Zie ook Chapman & Johnson 1999 die eerder dit opmerkelijke resultaat beschreven.

5.4 *Lessen voor de rechtspraak*

Het initiatief tot het voeren van een civiele procedure ligt bij de eisende partij als de partij die de dagvaarding uitbrengt waarin de vordering staat omschreven. De eiser is daarom degene die het anker kiest en daarmee zijn voordeel kan doen; uit onderzoek blijkt dat het *anchoring effect* de prijs flink kan opdrijven.¹⁴³ Het anker hoeft niet relevant te zijn voor de te nemen beslissing.¹⁴⁴ Dat kan positief zijn voor de eiser, maar betekent echter wel dat de gedaagde met 1-0 achterstaat. Zeker nu uit onderzoek blijkt dat het effect wel verminderd kan worden, maar niet geheel kan worden weggenomen (zie par. 7.3). Kahneman stelt daarom dat als een besluitvormer wordt geconfronteerd met een extreem anker, hij of zij direct met niet mis te verstane woorden moet eisen dat het van tafel wordt gehaald.¹⁴⁵

Waar ligt echter de grens tussen enerzijds een anker dat onwaarschijnlijk lijkt, maar waarbij nog wel aansluiting wordt gezocht, en een anker dat zo onwaarschijnlijk is dat de besluitvormer ertoe wordt aangezet om er afstand van te nemen? Deze thematiek stond centraal in het onderzoek van Schweinsberg et al. dat ging over de invloed van extreme ankers op (niet-juridische) onderhandelingen.¹⁴⁶ Eén van hun uitkomsten is dat een extreem hoog eerste bod de kans op een impasse in de onderhandelingen verhoogt. De onderhandelaar die geconfronteerd wordt met zo'n eerste bod, zal zijn heil elders zoeken, aldus de auteurs.¹⁴⁷ Interessant om te weten in het kader van de juridische besluitvorming is wat er gebeurt als de rechter geconfronteerd wordt met zo'n extreme eerste vraag naar schadevergoeding. Zou de rechter dan ook eerder geneigd zijn om zijn 'heil elders zoeken'? Met andere woorden, zou de rechter eerder de eis in die zaak aan de kant leggen en gestimuleerd worden om andere informatie (en ankers) te (gaan) zoeken? Als dat zo is, dan kan het anker dus averechts werken. Wat daarvan ook zij, vooralsnog lijkt in de literatuur (dat is gebaseerd op experimenteel onderzoek) een ander geluid te klinken: ook extreme ankers zijn van invloed op besluitvorming.

Zoals in paragraaf 2 reeds aan de orde kwam, moet de rechter een *redelijke mate van zekerheid* hebben omtrent de juistheid van de gestelde feiten. Daarnaast werd eerder, in paragraaf 5.2, al verwezen naar onderzoek waaruit blijkt dat een hoog anker de selectie

143 Chapman & Bornstein 1996 (personenschadezaken); Hastie, Schkade & Payne 1999 (vaststelling *punitive damages* door middel van 'jury'-beslissingen); Malouff & Schutte 1989 (vaststelling van de schadevergoeding door middel van 'jury'-beslissingen); Korobkin & Doherty 2009, p. 184-185 (buitengerechtelijke onderhandelingen over schadevergoeding); Thorsteinson 2011 (salarisonderhandelingen). De genoemde publicaties betreffen experimenteel onderzoek.

144 Englich, Mussweiler & Strack 2006, p. 189.

145 Kahneman 2011, p. 126.

146 Schweinsberg et al. 2012. Zie daarover Korobkin & Guthrie 1994. Hun onderzoeksresultaten bevestigden *niet* hun hypothese dat extreme eerste eisen (in het kader van buitengerechtelijke onderhandeling) eerder tot een impasse (en dus tot een potentiële rechtszaak) zou leiden in vergelijking met een redelijk eerste eis.

Een extreem eerste eis leidt eerder tot een overeenstemming dan in geval van een redelijk eerste eis (p. 15).

147 Schweinsberg et al. 2012, p. 230.

van ankerbevestigende informatie stimuleert. Nu staat de vraag centraal of door het type vraagstelling in het kader van de bewijswaarderingsmaatstaf (in het strafrecht), het automatische systeem bij de selectie van disculperende of bezwarende argumenten gestuurd kan worden door het voorleggen van een bepaal type anker (hoog respectievelijk laag).

De bewijswaarderingsmaatstaf werd in een experiment uit 2006 door English, Mussweiler en Strack in verband gebracht met het *anchoring effect*.¹⁴⁸ De deelnemers waren ‘ervaren’ juristen¹⁴⁹ en het anker dat hen werd aangereikt, was vastgesteld aan de hand van twee dobbelstenen die door de deelnemers zelf waren geworpen. In plaats van naar hun beslissing ten aanzien van de straftoemeting te vragen, werd aan hen gevraagd om een randschikking van argumenten te maken. Voor deze randschikking kregen zij een aantal korte stellingen voorgelegd die bezwarende (7) en disculperende (7) verklaringen betroffen. De deelnemers moesten zo snel mogelijk beslissen welke stellingen in deze zaak als bezwarend of als disculperend zouden moeten werken.

De hypothese van de onderzoekers was dat deelnemers van de groep die een hoog anker voorgelegd hebben gekregen de bezwarende argumenten vlotter zouden categoriseren dan de groep die geconfronteerd werd met een laag anker. Deze hypothese werd in beginsel bevestigd, maar dit verband kon niet met zekerheid worden vastgesteld (niet significant).¹⁵⁰ De onderzoekers geven hiervoor een verklaring: de vraag naar de schuld van een verdachte moet door de rechter ‘*beyond a reasonable doubt*’ positief beantwoord kunnen worden om de verdachte ook daadwerkelijk schuldig te kunnen houden. De schuldvraag staat aldus centraal, waardoor rechters zich volgens de onderzoekers meer zouden concentreren op bezwarende argumenten dan op verontschuldigende stellingen, ongeacht het type anker (hoog of laag) dat is voorgelegd.

Benadrukt moet worden dat het in het experiment een strafzaak betreft, terwijl het onderwerp van deze bijdrage de civiele procedure is. Daar geldt de maatstaf van ‘een redelijke mate van zekerheid’. Toch is hun conclusie vermeldenswaardig, omdat ook in deze procedures de aansprakelijkheidsvraag van één partij centraal staat:

‘(...) incriminating arguments will receive more attention if they are compatible with the hypothesis judges test while processing a given anchor.’¹⁵¹

148 English, Mussweiler & Strack 2006, p. 195-197.

149 57 juristen die een postdoctorale opleiding voor juniorjuristen volgden en die onlangs afgestudeerd waren en eerste ervaringen in het veld hebben opgedaan.

150 Opgemerkt wordt dat deelnemers van de lage-ankergroep niet vlotter waren in het kwalificeren van bevrijdende stellingen. Deze uitkomst brengen English, Mussweiler & Strack in verband met onderzoek naar de kracht van negatieve argumenten: ‘In general, negative information receives more attention and seems to obtain priority in processing. This is apparent for example in the fact that negative words are detected more easily than positive words.’ English, Mussweiler & Strack 2006, p. 196.

151 English, Mussweiler & Strack 2006, p. 197.

Met andere woorden: als bij de bewijswaardering bijvoorbeeld de schuldvraag of de aansprakelijkheidsvraag van één partij centraal staat, zal de rechter bij een hoog anker – in eerste instantie, vanwege het automatische systeem – zich eerder concentreren op bezwarende argumenten. Deze conclusie kan in verband worden gebracht met de *confirmation bias*: een hoog anker zou kunnen zorgen voor een sterkere *confirmation bias*.

6 UITGELICHT (3): HET PRIMACY EFFECT, HET RECENCY EFFECT EN ANDERE ORDER EFFECTS

6.1 Inleiding

Context kan onze perceptie danig verstoren en dezelfde stimulus¹⁵² kan in verschillende gevallen geheel verschillend geïnterpreteerd worden.¹⁵³ Zo beschrijft Plous vier versturende effecten die met de context te maken hebben: het *contrast effect* (na het tillen van een zwaar gewicht wordt een volgend, lichter gewicht als nog lichter ervaren), het *primacy effect* (wat wij als eerste waarnemen, bepaalt in grotere mate onze indruk), het *recency effect* (soms wordt het *primacy effect* doorbroken en heeft datgene wat wij als laatste waarnemen het meeste invloed), en het *halo effect* (papers worden kwalitatief hoger gewaardeerd als deze komen van iemand die fysiek aantrekkelijker is, net zoals van meer dan gemiddeld aantrekkelijke mensen gedacht wordt dat deze gelukkiger en slimmer zijn).¹⁵⁴

In deze paragraaf zullen wij dieper ingaan op de gevolgen die zogenoemde *order effects* (ook wel: *serial position effects*) kunnen hebben op de evaluatieve oordeelsvorming van juridische en niet-juridische besluitvormers. Met name de strijd tussen het *primacy effect* en het *recency effect* is ook juridisch aardig, bijvoorbeeld in het licht van de vraag of het gunstiger is om bij een pleidooi in een civiele procedure te mogen beginnen, of juist niet. Maar ook voor wat betreft de civiele procedure in zijn algemeenheid rijst de vraag in welke mate en onder welke omstandigheden de rechterlijke besluitvorming in het kader van de bewijswaardering ongemerkt beïnvloed wordt of kan worden door het moment waarop en de volgorde waarin partijen hun argumenten en bijbehorende bewijsmiddelen ter tafel brengen. Een gerelateerde vraag is wat er gebeurt als rechters gevraagd wordt om binnen een beperkt tijdsbestek soortgelijke beslissingen te nemen in een reeks van verschillende zaken; in hoeverre wordt de besluitvorming binnen één specifieke zaak in een dergelijk geval beïnvloed door de positie die de zaak inneemt in de reeks? Vragen als deze leiden op hun beurt vervolgens natuurlijk onherroepelijk tot de vraag of en in hoeverre onze

152 Een stimulus is het evenement in de omgeving, zoals een probleem, eigenschap of taak, dat wordt waargenomen, zie Eysenck & Keane 2005, p. 2.

153 Plous 1993, p. 38.

154 Plous 1993, p. 38-46.

bestaande regels van burgerlijk procesrecht eventuele *biases* die in deze context kunnen optreden voorkomen of juist in de hand werken.

6.2 *Order effects en oordeelsvorming*

Onze oordeelsvorming over het karakter van een ander geschiedt over het algemeen op een snelle en intuïtieve manier, met andere woorden op basis van ons ‘automatische’ systeem. Hoewel latere observaties ons aldus gevormde intuïtieve oordeel over een ander kunnen nuanceren of tegenspreken, is het vrijwel onmogelijk om onze eerste indruk geheel los te laten.

Al in 1946 liet Asch zien hoe belangrijk eerste indrukken zijn in een reeks van verschillende indrukken van een ander. Hij deed dit door middel van een onderzoek waarbij hij de ene helft van de deelnemers vroeg zich een oordeel te vormen over een persoon die werd omschreven als ‘*envious, stubborn, critical, impulsive, industrious, and intelligent*’, terwijl de andere helft van de deelnemers dezelfde vraag werd gesteld met betrekking tot een persoon die werd omschreven als ‘*intelligent, industrious, impulsive, critical, stubborn, and envious*’. De resultaten wezen uit dat de karakteristieken die in het begin van elke serie opgenomen waren het eindresultaat (de oordeelsvorming over het karakter van de omschreven persoon) veel sterker beïnvloedden dan de karakteristieken die later in de serie voorkwamen.¹⁵⁵ Deze bevinding werd bevestigd door soortgelijk onderzoek door Anderson, waaruit opnieuw duidelijk naar voren kwam dat de netto invloed van elk van de omschreven eigenschappen afnam naarmate deze later in de reeks voorkwam.¹⁵⁶

Deze en latere onderzoeken laten zien dat we bij onze oordeelsvorming onbewust worden beïnvloed door een *primacy effect*, als gevolg waarvan eerdere impressies een grotere, meer blijvende indruk achterlaten dan latere.¹⁵⁷ Tulving omschrijft het *primacy effect* als volgt: ‘*first encounters with new situations, people, events, objects, and facts have greater impact on subsequent thought and behavior than later encounters of similar kinds*’.¹⁵⁸ Dit effect treedt niet alleen op wanneer mensen een oordeel vormen over elkaar, maar ook in een heleboel andere situaties waarin het gaat om de evaluatie van opeenvolgende gegevens.¹⁵⁹ Wanneer ons brein gevraagd wordt zich bezig te houden met wat omschreven kan worden als *serial information processing*, het vormen van een geïntegreerd eindoordeel over een persoon, zaak of voorval op grond van een reeks van verschillende gegevens, dan

155 Asch 1946. Asch was echter zeker niet de eerste om het *primacy effect* te omschrijven; Lund bijvoorbeeld formuleerde al in 1925 de ‘Law of Primacy in Persuasion’; zie Luchins 1958, p. 275-290.

156 Anderson 1965, p. 1-9.

157 Zie bijv. Tulving 2007, 31-48.

158 Tulving 2007, p. 31. Zie ook Nickerson 1998, p. 187: ‘Information acquired early in the process is likely to carry more weight than that acquired later.’

159 Plous 1993, p. 42.

neemt de invloed van nieuwe informatie op het eindoordeel af naarmate deze informatie zich later in de reeks bevindt.

Het is niet geheel duidelijk wat de oorzaak is van dit verschijnsel; waar sommigen menen dat de eerdere informatie door de ontvanger onbewust in gedachten herhaald wordt terwijl hij of zij kennisneemt van verdere gegevens, stellen anderen bijvoorbeeld dat gegevens aan het begin of aan het eind van een lijst makkelijker te onderscheiden zijn.¹⁶⁰ Weer anderen verklaren het verschijnsel als een gevolg van het ‘vermoeid’ raken (gereduceerde effectiviteit) van de netwerken van zenuwcellen die de binnengekomen informatie moeten verwerken naarmate er meer gegevens binnenkomen, of simpelweg als een proces van afnemende aandacht (*attention decrement*).¹⁶¹ Tegelijkertijd wordt het *primacy effect* wel in verband gebracht met het *anchoring effect*, als een soort van *confirmation bias* waardoor latere informatie (onbewust) selectief wordt opgenomen op een manier die de indruk wekt bij de beoordelaar dat de op basis van de eerst verstrekte informatie ontstane hypothese of categorisering erdoor bevestigd wordt (het zgn. *anchoring-and-adjustment-model*).¹⁶²

Wat vaststaat, is dat het *primacy effect* niet onaantastbaar is; verder onderzoek heeft aangetoond dat het onder omstandigheden doorbroken kan worden. In een onderzoek door Luchins, bijvoorbeeld, werden in verschillende volgordes twee blokken informatie over een persoon gepresenteerd aan de deelnemers; één blok met informatie waarin de betreffende persoon werd neergezet als introvert, een ander waarin deze werd omschreven als extravert. In plaats van de deelnemers om een oordeel te vragen na kennismaking van beide blokken informatie (*end-of-sequence*), vroeg hij ze hun mening te geven na lezing van het eerste blok informatie en opnieuw na lezing van het tweede blok (*step-by-step*). Het onderzoek toonde aan dat bij een dergelijke *step-by-step*-benadering het *primacy effect* uitbleef; in plaats daarvan trad een *recency effect* op, waarbij juist het meest recent gelezen blok een relatief veel sterkere invloed had op de oordeelsvorming.¹⁶³ Miller en Campbell hebben dit ‘*recency effect*’ als volgt omschreven:

‘Our judgments, our responses, our social perceptions, are a function of some net resultant of the past experiences both recent and remote. To the net resultant of the moment not all past experiences contribute equally: the casual experiences of this morning weigh more heavily than the comparably causal experiences of any single morning one year ago, one month ago, or even yesterday, all other

160 Zie bijv. Tulving 2007, 37-38.

161 Zie bijv. Tulving 2007, 38-40 en Anderson 1981, respectievelijk.

162 Zie uitgebreid Hogarth & Einhorn 1992. Zie ook Mumma & Wilson 1995, 841-842 en Kerstholt & Jackson 1998.

163 Luchins 1958, p. 275-290.

*things being equal. Were it not so, unlearning and new learning could hardly take place.*¹⁶⁴

Ook andere onderzoeken laten zien dat er onder omstandigheden een *recency effect* kan optreden wanneer de beoordelaar zich om wat voor reden dan ook meer recente informatie beter kan herinneren dan informatie waarvan hij of zij in een eerder stadium kennis heeft genomen.¹⁶⁵ Het *recency effect* wordt door sommigen ook wel gezien als het *default pattern*, waarbij als uitgangspunt geldt dat de meest recent verkregen informatie makkelijker te herinneren is en dus eerder gebruikt zal worden; afwijkingen van dit uitgangspunt worden dan verklaard op grond van het *primacy effect*.¹⁶⁶

Zowel het *primacy effect* als het *recency effect* is dus een ‘automatisch’ mechanisme dat de evaluatie van opeenvolgende stukken informatie, en daarmee de oordeelsvorming, onbewust kan beïnvloeden. De onderlinge interactie van deze fenomenen maakt het heel moeilijk om met zekerheid te zeggen onder welke omstandigheden welk effect zal optreden.¹⁶⁷ Daar komt bij dat er ook nog andere voorbeelden zijn van *order effects*, zoals het fenomeen dat in een reeks van oordelen over soortgelijke personen, zaken of voorvallen (denk bijvoorbeeld aan het nakijken van tentamens of het houden van sollicitatiegesprekken) de oordeelsvorming vaak meer ‘extreem’ wordt aan het eind van de reeks (in die zin dat positieve eigenschappen of prestaties als meer positief worden beoordeeld en negatieve als meer negatief). De reden daarvoor is wellicht de onbewuste wens van de beoordelaar om in eerste instantie zijn of haar ‘*judgmental degree of freedom*’ bij de beoordeling zo groot mogelijk te houden, een beweegreden die verder wegvalt naarmate men verder in de reeks komt.¹⁶⁸

6.3 De rol van order effects in juridische procedures

Aangezien zij een eerlijke en objectieve oordeelsvorming in de weg staan, kunnen automatische, intuïtieve mechanismen zoals het *primacy effect*, het *recency effect* en andere *order effects* problematisch zijn, met name in situaties waarin een zo objectief mogelijk evaluatief oordeel nagestreefd wordt. De vraag rijst dan ook welke rol *order effects* spelen, zoals het *primacy effect* en het *recency effect* bij de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de bewijswaardering in een civiele procedure?

164 Zie Miller & Campbell 1959, p. 1.

165 Zie Plous 1993, p. 42.

166 Zie bijv. Forgas 2011, p. 428.

167 Zo ook bijv. Tulving 2007: ‘The issue of the relation between primacy and recency is complex because, in terms of behavioural observations, it depends on a large number of variables and their interaction’ (p. 33).

168 Zie bijv.: Unkelback, Ostheimer, Fasold & Memmert 2012, p. 103-113.

Zoals hiervoor al werd aangegeven, maakt de onderlinge interactie van de verschillende fenomenen het lastig om concreet aan te geven wanneer welk van deze intuïtieve mechanismen in potentie een bedreiging kan vormen van de objectieve oordeelsvorming door een rechter. Bovendien spreken resultaten van verschillende onderzoeken elkaar op dit punt tegen en werken onderzoekers vaak met uiteenlopende interpretaties van de betrokken *biases* en hun achterliggende oorzaken. Daar komt nog bij dat het aantal onderzoeken naar de prevalentie en effecten van deze specifieke *biases* met betrekking tot de rechterlijke besluitvorming in juridische procedures tot dusverre beperkt is gebleven, uiteraard mede vanwege de – hier verder niet uitvoerig te bespreken – inherente obstakels bij een onderzoek naar rechterlijke besluitvorming.

Toch is er een aantal onderzoeken te noemen die in ieder geval een indicatie geven van de mogelijke uitwerking van *order effects* in de context van juridische procedures, zelfs al blijft het lastig om hieruit harde conclusies te trekken over het functioneren van onze rechters en de inrichting van ons stelsel van (burgerlijk) procesrecht. Een interessant voorbeeld is het onderzoek van Miller en Campbell uit 1959, waarin werd gekeken naar de interactie tussen het *primacy effect* en het *recency effect*, met aandacht in het bijzonder voor de manier waarop de werking van het laatstgenoemde fenomeen beïnvloed wordt door verloop van tijd.¹⁶⁹ Zij baseerden hun onderzoek op een beschrijving van een schadevergoedingsprocedure rond een defecte verstuiver, die zij in die zin hadden aangepast dat al het materiaal van de eiser, respectievelijk de gedaagde (verklaringen van de eigen getuigen, kruisverhoor van de getuigen van de wederpartij en inleidende en concluderende pleidooien door de eigen advocaat) werd gebundeld in twee verschillende blokken met gegevens ('pro' en 'con', respectievelijk). Deze blokken werden vervolgens in verschillende volgorde (pro-con/con-pro) en met tijdsintervallen op verschillende punten in de 'procedure' gepresenteerd aan de deelnemers (eerste- en tweedejaarsstudenten psychologie en sociale wetenschappen).

De uitkomsten van het onderzoek geven een indicatie van de omstandigheden waaronder het *primacy effect* en het *recency effect* de oordeelsvorming met betrekking tot een daadwerkelijk juridisch geschil tussen twee partijen zouden kunnen beïnvloeden. Bij de groepen deelnemers die werden gevraagd een oordeel te vormen een week nadat zij kennis hadden genomen van beide presentaties direct na elkaar (pro-con of con-pro) trad een duidelijk *primacy effect* op. Daarentegen tekende zich een duidelijk *recency effect* af bij de groepen deelnemers waarbij tussen de presentatie van het eerste blok met gegevens (pro of con) en het tweede blok (con of pro) een tijdsinterval van een week zat en die direct na de presentatie van het tweede blok gevraagd werden een oordeel te vellen. Er konden geen duidelijke *primacy effects* of *recency effects* aangetoond worden bij die groepen deelnemers die gevraagd werden te oordelen gelijk na een direct aansluitende presentatie van de twee

¹⁶⁹ Miller & Campbell 1959.

blokken met gegevens (pro-con of con-pro). Hetzelfde gold voor die groepen waarbij er een tijdsinterval van een week zat zowel tussen de presentaties van de verschillende blokken (pro-con of con-pro) als tussen het laatste blok en het moment dat om een oordeel gevraagd werd.¹⁷⁰

Uiteraard zouden deze uitkomsten relevant kunnen zijn voor de wijze waarop de civiele rechter omgaat met besluitvorming na een pleidooi in civiele zaken (zie nader par. 6.4). Hierbij moet echter direct opgemerkt worden dat de resultaten van Miller en Campbell door andere onderzoeken genuanceerd en in sommige gevallen tegengesproken worden. Zo vonden Walker, Thibaut en Andreoli bijvoorbeeld duidelijk bewijs van *recency effects* in een studie waarbij de deelnemers gevraagd waren gelijk na een direct aansluitende presentatie een oordeel te vellen over de (on)schuld van de verdachte in een (gefingerde) strafrechtelijke procedure. Zij vonden bij de deelnemers niet alleen een sterke voorkeur voor het standpunt van de partij die het laatst aan het woord was geweest, maar ook een voorkeur met betrekking tot feiten en stellingen die bij elke presentatie het laatst aan de orde waren gekomen.¹⁷¹ Andere onderzoeken laten bijvoorbeeld zien dat de invloed van het *recency effect* toeneemt naarmate er meer tijd zit tussen de eerste en tweede presentatie, maar afneemt naarmate er meer tijd zit tussen de presentaties enerzijds en het moment dat om een oordeel gevraagd wordt anderzijds.¹⁷²

Het is duidelijk dat de mate van tijdsverloop van invloed is op het (al dan niet) optreden van *primacy effects* en *recency effects*. Maar er zijn ook verschillende andere factoren die bepalend lijken te zijn voor het intreden en de werking van *order effects*. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de al eerder genoemde *response mode*; verschillende onderzoeken laten zien dat *recency effects* sterker aanwezig zijn bij een *step-by-step*-besluitvormingsproces dan bij een *end-of-sequence*-besluitvormingsproces.¹⁷³ Andere factoren die een rol kunnen spelen zijn bijvoorbeeld de hoeveelheid verstrekte informatie (het aantal bewijsstukken) en de complexiteit ervan, alsook de mate van ervaring van de besluitvormer.¹⁷⁴ Zelfs zijn stemming kan een rol spelen, zo blijkt uit recent onderzoek; *primacy effects* doen zich in sterkere mate voor bij een positieve gemoedstoestand en kunnen zelfs geheel verdwijnen bij een negatieve gemoedstoestand.¹⁷⁵

170 Miller & Campbell 1959. Zie, voor een verkorte bespreking en schematische weergave van het onderzoek van Miller & Campbell: Plous 1993, 43-44.

171 Walker, Thibaut & Andreoli 1972. Zie ook bijv. Furnham 1986, Costabile & Klein 2005 en Enescu & Kuhn 2012.

172 Zie bijv. Insko 1964 en Knoedler, Hellwig & Neath 1999.

173 Zie bijv. Hogarth & Einhorn 1992 en Kerstholt & Jackson 1998.

174 Zie bijv. Hogarth & Einhorn 1992, 4-5, die wijzen op complexiteit als een samenspel van de hoeveelheid informatie die verwerkt moet worden met betrekking tot ieder bewijsstuk én de vertrouwdheid van de besluitvormer met zijn taak, alsook op het aantal bewijsstukken dat geëvalueerd moet worden en de *response mode*. Zie ook, met een focus op het verband tussen het aantal documenten en *order effects*, Huang & Wang 2004.

175 Forgas 2011.

Een ander sprekend voorbeeld van de mogelijke rol van *order effects* in de context van juridische procedures werd geleverd in een onderzoek van Danziger, Levav en Avnaim-Pesso naar de besluitvorming door ervaren rechters in reeksen van opeenvolgende beslissingen over voorwaardelijke vrijlating van gevangenen.¹⁷⁶ Aanleiding voor het onderzoek was het welbekende adagium '*justice is what the judge ate for breakfast*'. Deze uitspraak geeft de rechtsrealistische visie weer dat rechterlijke beslissingen niet tot stand komen enkel op basis van een rationele, mechanische, doelbewuste toepassing van juridische argumenten, maar in belangrijke mate (mede) beïnvloed worden door psychologische, politieke en sociale factoren.¹⁷⁷ Het onderzoek van Danziger c.s. laat zien dat de aanname dat er *geen* verband bestaat tussen wat rechters voor hun ontbijt hebben gegeten enerzijds en de beslissingen die zij nemen anderzijds, wellicht niet geheel strookt met de werkelijkheid.

De onderzoekers brachten de beslissingen in kaart van ervaren rechters die zitting hadden in comités die moesten beslissen over verzoeken tot voorwaardelijke vrijlating van Israëlische gevangenen. Zij probeerden daarbij uit te vinden of er een patroon bestond in de beslissingen op opeenvolgende verzoeken die op één dag aan een comité werden voorgelegd dat zou kunnen wijzen op de invloed van 'externe' factoren op de rechterlijke besluitvorming. Uit de resultaten van hun onderzoek kwam duidelijk naar voren dat de waarschijnlijkheid van een positieve beslissing (toewijzing van het verzoek) significant groter was aan het begin van de dag of na een etenspauze dan later in de reeks van beslissingen. Waar de waarschijnlijkheid van toewijzing aan het begin van de ochtend rond de 65% lag, nam deze gestaag af naar bijna 0% net voor de pauze voor een tussendoortje in de late ochtend, om na die pauze weer terug te springen naar 65%; hetzelfde patroon herhaalde zich vervolgens in de aanloop naar de lunchpauze en daarna opnieuw tussen de lunchpauze en het eind van de middag.

De resultaten van het onderzoek van Danziger c.s. suggereren dat er in een situatie van elkaar (snel) opvolgende soortgelijke zaken waarin rechters herhaaldelijk beslissingen moeten nemen, een verband bestaat tussen enerzijds de tijd die is verstreken sinds de laatste pauze en anderzijds de bereidheid om een beslissing te nemen die gevolgen heeft voor de juridische status-quo. Naarmate er meer tijd verstreken is, lijkt de bereidheid om een beslissing te nemen die de juridische status-quo verandert (in dit geval: toewijzing van het verzoek tot voorwaardelijke vrijlating), scherp af te nemen. Wat precies de verklaring hiervoor is, blijft onduidelijk, alhoewel het logisch lijkt dat de verminderde bereidheid van de rechter om 'af te wijken' van de status-quo een gevolg is van de mentale en/of lichamelijke

176 Danziger, Levav & Avnaim-Pesso 2011, p. 6889-6892.

177 Kozinski 1993, p. 993.

uitputting die in toenemende mate lijkt in te treden na elke pauze en weer lijkt te worden weggenomen op het moment dat er pauze genomen wordt.¹⁷⁸

6.4 *Lessen voor de rechtspraak?*

De hier besproken onderzoeksresultaten laten zien dat het *primacy effect*, het *recency effect* en andere *order effects* wel degelijk kunnen resulteren in *cognitive biases* die een invloed hebben op de besluitvorming van rechters in civiele zaken. Onduidelijk blijft echter onder welke omstandigheden welke *biases* intreden, wat de precieze verklaring is voor hun intreden en hoe zij elkaar onderling beïnvloeden. Dit maakt het ook lastig om bredere conclusies te trekken voor wat betreft het risico op *systematic errors* in de rechterlijke besluitvorming rond de bewijswaardering als gevolg van deze *biases*. Daarnaast zijn veel van de onderzoeken naar de rol van *order effects* verricht buiten de juridische context en zijn die onderzoeken waarbij wél specifiek gekeken is naar besluitvorming binnen deze context in veel gevallen gericht geweest op besluitvorming door jury's en/of in strafrechtelijke procedures. Een eerste les is dus dat er eigenlijk meer onderzoek nodig is naar de werking van deze *biases* in de context van (civielrechtelijke) juridische procedures om dit in kaart te brengen, alvorens verder gedacht kan worden over mogelijke oplossingsrichtingen.

Een andere complicerende factor wordt gevormd door het feit dat er, zoals eerder al vermeld, verschillende theorieën bestaan over de oorza(a)k(en) van *order effects* bij besluitvorming, variërend van theorieën die de nadruk leggen op ons (on)vermogen om eerder gevormde meningen bij te stellen tot theorieën die de nadruk leggen op onze beperkte geheugen- en informatieverwerkingscapaciteiten. Deze onduidelijkheid omtrent de verklaring voor dit type cognitieve illusies maakt het nog lastiger om uit de bestaande onderzoeksresultaten concrete lessen te trekken voor de rechtspraak en/of met oplossingen te komen (zie hierover ook nader par. 7.4). Wat in ieder geval voor de hand lijkt te liggen, is dat mentale en/of fysieke uitputting de zorgvuldigheid van het rechterlijke besluitvormingsproces niet ten goede komt.

Maar wat hebben we aan deze constatering? Want is het antwoord op de vraag wanneer dergelijke uitputting intreedt en hoe deze weer weggenomen kan worden immers niet per persoon (en dus per rechter) verschillend? Het blijft dus in eerste instantie de eigen verantwoordelijkheid van elke individuele rechter om zich bewust te zijn van de grenzen aan zijn of haar mentale en fysieke capaciteiten en van de mate waarin overschrijding van die

¹⁷⁸ Of het daarbij nog wat uitmaakt hoe lang die pauze duurt en hoe deze wordt doorgebracht (bijv. met het nuttigen van een broodje of juist van een uitgebreide maaltijd, of slechts met het roken van een sigaret of het halen van een frisse neus), blijft onduidelijk, wat het lastig maakt om met een bruikbare verklaring te komen voor het irrationele besluitvormingspatroon van de betrokken rechters.

grenzen kan leiden tot minder zorgvuldige besluiten. Van belang is hierbij echter ook wel dat de organisatie van de rechterlijke macht als geheel, via de Raad voor de rechtspraak bijvoorbeeld, de kaders moet scheppen waarbinnen rechters de vrijheid hebben om gehoor te geven aan het gevoel dat zij aan hun taks zitten qua inspanningen en een pauze nodig hebben.

En het is nu juist deze vrijheid die steeds meer onder druk komt te staan door de toenemende tijdsdruk die rechters zeggen te ervaren als gevolg van strengere productienormen. Die druk schuilt bijvoorbeeld hierin dat er opeens, zoals in het Hof Den Bosch, twee pleidooien achter elkaar gepland worden op één middag, waar dat er voorheen slechts één was, een beleidswijziging die zich slecht verhoudt tot hetgeen hier betoogd werd. Ook hier blijkt maar weer eens dat efficiëntie op gespannen voet kan staan met de kwaliteit van besluitvorming. Hierbij moet opgemerkt worden dat deze problematiek waarschijnlijk nog sterker zal spelen in strafzaken, waar marathonzittingen vaker voorkomen dan in civiele zaken.

In paragraaf 6.3 bleek verder al dat bij oordeelsvorming door een persoon de volgorde van de presentaties van degene die betrokken zijn, alsmede het moment daaropvolgend waarop de beoordeling daadwerkelijk plaatsvindt, van belang zijn. Kort gezegd, trad er een duidelijk *primacy effect* op als deelnemers werd gevraagd zich een oordeel te vormen een week nadat zij kennis hadden genomen van twee elkaar direct opvolgende, tegenstrijdige presentaties. Daarentegen tekende zich een duidelijk *recency effect* af bij de groepen deelnemers waarbij tussen de presentatie van het eerste blok met gegevens en het tweede blok een tijdsinterval van een week zat en die direct na de presentatie van het tweede blok gevraagd werden een oordeel te vellen. Er konden geen duidelijke *primacy effects* of *recency effects* aangetoond worden bij die groepen deelnemers die gevraagd werden te oordelen gelijk na een direct aansluitende presentatie van de twee blokken met gegevens, of wanneer er een tijdsinterval van een week zat zowel tussen de presentaties van de verschillende blokken als tussen de laatste presentatie en het moment van besluitvorming.¹⁷⁹

Deze bevindingen zijn uiteraard ook juridisch van belang. Zij suggereren immers dat na een pleidooi waarbij eerst degene die om pleidooi gevraagd heeft zijn standpunt uiteen mag zetten – dat is de regel – een *primacy effect* zou kunnen optreden (ten gunste van die eerste partij) als de rechter vervolgens de tijd zou nemen om te beslissen.¹⁸⁰ Als de rechters echter direct na het pleidooi raadkameren en tot een beslissing komen, zou een verstorend effect minder waarschijnlijk zijn. De Nederlandse situatie hangt hier een beetje tussenin; er wordt wel meteen na pleidooi in raadkamer vergaderd, maar het vonnis wordt uiteindelijk pas na enige tijd werkelijk schriftelijk gereedgemaakt en voor commentaar rondgestuurd,

179 Miller & Campbell 1959. Zie, voor een verkorte bespreking en schematische weergave van het onderzoek van Miller & Campbell: Plous 1993, 43-44.

180 Vergelijk Plous 2007, p. 43-44 ten aanzien van de wisseling van argumenten in een debat.

en in die tussentijd wil nog wel eens wat bijgeschaafd worden aan het oorspronkelijk ingenomen standpunt. Uitstel van de beoordeling in raadkamer is in elk geval niet wijs, zo lijkt het. Uiteraard geldt hetzelfde voor de enkelvoudig zittende rechter (die zou direct na pleidooi met zichzelf 'in raadkamer' moeten om een besluit te nemen). Hierbij moet echter gelijk aangetekend worden dat een nachtje slapen over een beslissing andere *biases* wellicht juist weer kan verminderen.

Een vraag die rijst in deze context is of het voor de invloed van het *primacy effect*, het *recency effect* en/of andere *order effects* nog verschil maakt of de besluitvormer (lees: de rechter) het bewijs mondeling gepresenteerd of schriftelijk krijgt, of allebei. Er bestaat onderzoek dat suggereert dat dit inderdaad het geval is, en dat de kans op een *primacy effect* groter is wanneer de feiten en argumenten schriftelijk gepresenteerd worden, terwijl de kans op een *recency effect* weer groter is als dat mondeling gebeurt.¹⁸¹ Andere onderzoeken suggereren echter weer dat schriftelijk en mondeling gepresenteerd materiaal in beginsel dezelfde *primacy effects* oproept.¹⁸² In dit kader richten we nog kort de aandacht op de schriftelijke toelichtingen van beide partijen in cassatie, welke gelijktijdig worden genomen. Dat is in zoverre geen toeval, nu dit hiermee te maken heeft dat die schriftelijke toelichtingen dienen ter vervanging van het vroegere mondelinge pleidooi bij de Hoge Raad, waarbij de partijen dus ook op dezelfde dag moesten 'pres(en)teren'. Hetzelfde ('gelijk oversteken') geldt voor een eventuele schriftelijke re- en dupliek, en de Borgersbrieven van partijen (als reactie op de conclusie van de P-G). Dat dit de werkwijze is, lijkt in verband met mogelijke *primacy* en *recency effects* niet verkeerd.

7 MOGELIJKE OPLOSSINGEN VOOR 'WRINGENDE' PSYCHOLOGISCHE EN JURIDISCHE INZICHTEN

7.1 *Wringende inzichten en de wijze van omgang met deze spanningen*

Tot nu toe hebben we gezien dat de drie nader uitgewerkte sets van *biases* op allerlei regels en instrumenten van procesrecht van invloed zouden kunnen zijn. Daarbij wordt zichtbaar dat procesrecht en psychologie op diverse vlakken op ongemakkelijke wijze tegen elkaar aan schuren; er wringt her en der wat. De (regels omtrent) bewijsvoering en bewijswaardering en de bekende psychologische inzichten zijn wellicht onvoldoende op elkaar afgestemd. De vraag die daarmee voorligt, is of de geconstateerde spanning eventueel op te lossen is.

¹⁸¹ Walker, Thibaut & Andreoli 1972.

¹⁸² Zie bijv. Sharps, Price & Bence 1996, alsook Knoedler, Hellwig & Neath 1999 die laten zien dat de verschuiving van *recency* naar *primacy* naarmate de tijd tussen de presentaties en de test toeneemt, zich voordoet zowel bij schriftelijk als bij mondeling gepresenteerde informatie.

Zo'n oplossing kan bijvoorbeeld worden gevonden door de *bias* te minimaliseren via *debiasing*-technieken, die het onder omstandigheden mogelijk lijken te maken om dit soort *biases* te ontlopen, omzeilen of desnoods om de tuin te leiden door middel van psychologische bijsturing.¹⁸³ Hierbij moet wel gelijk worden aangetekend dat uit experimenteel onderzoek blijkt dat de meeste *heuristics* en *biases* lastig te omzeilen of veranderen zijn (hoewel nog steeds geldt dat een 'experiment' en een 'real life' situatie niet per se inwisselbaar zijn, zie par. 1.3). Het probleem daarbij is namelijk dat er ook nog een intuïtie bestaat die ons nog sterker doet geloven in de andere intuïties. Het gaat dan om de *bias* dat wat natuurlijk is – zoals de menselijke intuïtie – ook goed is. Ofwel: '*naturalism, nature knows best*'.¹⁸⁴ Intuïties opzij zetten wordt dan behoorlijk lastig.

Dit roept de vraag op hoe we dan verder kunnen geraken als wij weliswaar weten dat de kans groot is dat wij iets 'verkeerd' doen, maar we vervolgens niet kunnen bedenken hoe, of bewerkstelligen dat, het anders kan of moet. Opnieuw staat hier voorop dat een *bias* niet in alle gevallen tot 'verkeerde' resultaten hoeft te leiden.¹⁸⁵ Als een *bias* echter toch verkeerd uitpakt of dreigt uit te pakken, dan zou een hiervoor in de psychologie aangedragen oplossing voor de betrokkenen wellicht kunnen zijn om 'van houding te veranderen', om te komen tot wat '*actively open minded thinking*' genoemd wordt, waarbij met kwantitatieve gegevens gewerkt wordt om goed beargumenteerde beleidsdoelen te kunnen aangeven.¹⁸⁶ Kort gezegd komt dat, in de woorden van de psycholoog Jonathan Baron, hierop neer:

*'It is "open-minded" because it allows consideration of new possibilities, new goals, and evidence against possibilities that already seemed strong. It is "active" because it does not just wait for these things but seeks them out.'*¹⁸⁷

Daarbij is van belang dat een werkelijk *open mind* zich laat zien, nadat er al een voorlopige voorkeur voor een kant van de zaak is gevormd; als men op dat moment nog naar de andere kant kan kijken en niet richting conclusies 'sprint', is iemand goed bezig.¹⁸⁸

183 Zie in het algemeen Fischhoff 1982.

184 Over de voorgaande kwesties, Baron 1998, p. 5 en p. 8-9.

185 Zo is de *confirmation bias* bijv. onderdeel van ons overlevingsmechanisme en dus positief te waarderen. Zie bijv. Lewicka 1998, p. 253-254. Deze leidt tot automatismen en dat spaart hersencapaciteit voor andere dingen; de *bias* bindt ons ook aan besluiten, hetgeen goed is, omdat er anders nooit iets beslist zou worden. Aan de andere kant houdt een en ander ons als mens af van ontwikkeling en verandering en dat is op de lange termijn funest. Zie Nickerson 1998, p. 205-210.

186 Zie Baron 1998, p. 7-8, Baron 2008, p. 199 e.v.

187 Baron 2008, p. 200. Hiermee worden de meeste *biases* tegengewerkt.

188 Baron 2008, p. 203. Anderen spreken in dit verband over *mindful thinking* om een impliciete *bias* te overwinnen: het creëren van nieuwe denkrichtingen, open staan voor nieuwe informatie en bewust zijn van mogelijke andere perspectieven, waarbij empathie een middel kan zijn. Vgl. Negowetti 2012, p. 42-43.

Veel concreter, maar in de kern aanhakend bij wat hiervoor al is gezegd, heeft Fischhoff voor fouten van beoordelaars die nog bij te sturen zijn, als *debiasing*-technieken voorgesteld om i) te waarschuwen voor het probleem, ii) het probleem te beschrijven, iii) persoonlijke feedback te verzorgen en/of iv) extensieve training te geven.¹⁸⁹

De problemen die wij signaleren, duiden er echter tevens op dat meer onderzoek, het liefst specifiek voor onze eigen privaatrechtelijke context, naar mogelijke vormen van *debiasing* wenselijk zou zijn. Daarvoor zijn wij juristen echter wel afhankelijk van psychologen, en omdat samenwerking¹⁹⁰ niet altijd vloeiend verloopt, zouden we eerst moeten proberen om nauwkeuriger in kaart te brengen welke *bias*es rechters onder welke omstandigheden zouden kunnen plagen en of we daar als juristen wellicht zelf al iets aan kunnen doen, bijvoorbeeld door de regels of onze leerstukken waar mogelijk wat ‘bij te sturen’. In dit artikel pogen wij hiertoe voor een aantal mogelijke problemen een eerste aanzet te bieden.

Waar rechters niet zelf, op eigen gelegenheid – in individuele gevallen, dan wel voor de rechtspleging als geheel – bij kunnen sturen, zal een oplossing gezocht moeten worden in een meer structurele wijziging van het bestaande systeem van burgerlijk procesrecht in Nederland, bijvoorbeeld via een wetwijziging of verandering in de rechtspraak (denk bijvoorbeeld aan het in par. 3.2 besproken voorbeeld uit de rechtspraak dat laat zien hoe het voortbestaan van een specifieke *bias* door een lijn van rechtspraak in de hand gewerkt kan worden). Daarbij dient vooraf al gezegd te worden dat deze denkrichting weliswaar vergt dat het recht aangepast wordt aan de bekende psychologische inzichten, maar dat het nog maar de vraag is of dat altijd wenselijk en/of nodig is. Want wij zullen immers niet uit het oog mogen verliezen dat de vertaling vanuit de psychologie naar het juridische domein extreem lastig is. Het als het ware ‘normativeren van feiten’ vergt een vertaalslag tussen psychologie en recht die wij niet altijd zomaar willen of kunnen maken; die stap vergt dus ten minste een grote mate van voorzichtigheid en een gedegen motivering, waarbij ook de juridische argumentatie voor of tegen een bepaalde oplossing betrokken wordt.¹⁹¹

Als eerste aanzet, ook in het licht van de omvang van deze bijdrage, gaan wij hierna voor de eerder besproken thema’s beide mogelijke oplossingsrichtingen (bijsturen van de gewone gang van zaken door de rechterlijke macht en/of via wijziging van de wet of het systeem) na, waarbij die beide overigens steeds in onderling verband moeten worden beschouwd.

189 Zie Fischhoff 1982, p. 424 en p. 426-427.

190 Omdat zorgvuldig motiveren dwingt tot zorgvuldig (actief en open) nadenken en juristen juist de vaardigheid om te motiveren aangeleerd hebben, opent zich hier wellicht wel een in potentie interessant samenwerkings-terrein.

191 Over deze thematiek Giesen 2011b, p. 1072-1073.

7.2 *De confirmation bias: debiasing en juridische oplossingen*¹⁹²

Is er iets te doen tegen de *confirmation bias* zoals in paragraaf 4 besproken? Aannemende op grond van het bestaande onderzoek dat deze *bias* ook bij rechterlijke besluitvorming speelt, staat voorop dat er meer onderzoek nodig is naar de vraag of de *bias* dan gemodificeerd kan worden door training. Een tweede vertrekpunt zou kunnen zijn dat de erkenning van het bestaan – een zekere mate van bewustzijn – de *bias* zelf wellicht niet tegen zal gaan, maar wel kan helpen om voorzichtiger te zijn om (te) snel een mening te vormen en dus om open te staan voor andere meningen. Vervolgens is het zo dat gegeven de *confirmation bias* het voor de hand ligt om (per persoon of gezamenlijk) redenen te verzinnen tegen de beoordeling die men van plan is te maken.¹⁹³

Daarnaast lijkt de invloed van die *bias* af te nemen als een alternatieve hypothese wordt verstrekt.¹⁹⁴ Dat alternatief haalt de beslisser als het ware ‘uit de tunnel’, laat een ander blikveld, een andere denkrichting zien. Zoals we al gezien hebben, zie paragraaf 4.2, wordt wel gesteld dat personen weliswaar niet actief op zoek gaan naar ‘ontkrachtende’ informatie, maar dat men wel bereid is deze soort informatie mee te nemen als deze maar gepresenteerd wordt.¹⁹⁵ Dat is dan ook juridisch relevant, omdat de rechter in principe zelf geen informatie (bewijs) verzamelt, dat is aan partijen. Volgens deze kritiek zou een rechter de aanvullende informatie die door de partijen wordt aangereikt, wel gewoon meewegen.

Op juridisch vlak stelt deze manier van *bias* verminderen meteen scherp wat het nut en belang is van de (reeds in het systeem verankerde) noodzaak voor procespartijen om de stellingen van de ander te kunnen en moeten betwisten (art. 149 Rv). Die wederpartij kan zo immers die alternatieve scenario’s schetsen. Dat betekent ook, nogmaals (zie par. 4.3), dat de rechter de partijen in deze de ruimte moet laten en niet te snel mag oordelen dat er te weinig (gesteld of) betwist is.¹⁹⁶

Die insteek vergt dan wel, wat ons betreft, dat de rechter ‘gedwongen’ moet worden om dat ‘alternatieve scenario’ ook daadwerkelijk in de afweging te betrekken en te beoordelen, hetgeen momenteel nog geen gewoonte is. Dit kan bereikt worden via een aangescherpte, althans nader langs die lijnen *uitgewerkte* (wellicht zelfs daartoe gespecificeerde) *motiveringsplicht*.¹⁹⁷ De mogelijkheid de *bias* te verkleinen via alternatieve scenario’s toont

192 Het navolgende is een verdere doordenking en bewerking van Giesen 2011a.

193 Nickerson 1998, p. 211. De rechterlijke macht kan dat faciliteren door bij de selectie van rechters en bij de zaakstoedeling vooral ook tegendraadse denkers te kiezen.

194 Zie Vallée-Tourangeau, Beynon & James 2000, p. 107-129. Zie ook Nickerson 1998, p. 211. Het werken met een alternatieve hypothese komt ook terug bij Oswals & Grosjean 2004, p. 90 en p. 94.

195 Lewicka 1998, p. 237.

196 Zie Asser 2012.

197 Zo’n hernieuwde motiveringsplicht kan gezien worden als een wijziging van het geldende recht, en zou dan een interventie vergen van de Hoge Raad of de wetgever, maar kan uiteraard ook ontstaan doordat feitenrechters zelf besluiten om uitvoeriger te gaan motiveren. Dat is immers niet verboden; de Hoge Raad controleert alleen een gebrek aan of een onjuiste motivering, niet een surplus.

overigens (nogmaals) aan hoe wezenlijk het is om tegenbewijs te mogen leveren na een rechterlijk oordeel dat een feit voorshands aannemelijk is. Zo bezien zou de praktijk van het *voorbijgaan aan een aanbod* tot tegenbewijslevering na een voorshands oordeel, bijvoorbeeld omdat er te weinig is gesteld,¹⁹⁸ wellicht uitgebannen of nader ingeperkt moeten worden.

Dit alles is overigens makkelijker gezegd dan gedaan, want de invloed van deze *bias* is niet eenvoudig tegen te gaan. Sterker, pogingen om de meningen van deelnemers aan experimenten met genuanceerde informatie te veranderen, falen of hebben zelfs een tegengesteld effect.¹⁹⁹ Een wellicht wel mogelijke, algemenere oplossing die vanuit de psychologie wel wordt aangedragen, is – zoals besproken in paragraaf 7.1 – om tot een vorm van ‘*actively open minded thinking*’ te komen.²⁰⁰ Vertaald naar het burgerlijk procesrecht zal de rechterlijke oordeelsvorming dus steeds weer vanuit een frisse houding ten opzichte van de feiten moeten plaatsvinden. Lukt dat niet (meer) voor de oorspronkelijk aangewezen rechter, dan is wellicht een frisse *nieuwe rechter* de enige resterende manier om tot verkeerde beslissingen leidende halsstarrigheid te voorkomen. De rechtspleging, als systeem, zou dat dan moeten faciliteren, hoewel dat om andere redenen (efficiëntie) niet evident zou zijn.

Een minder vergaand alternatief, in aansluiting op het voorgaande, is om in elk geval extra *aandacht aan de verantwoording* (in het civiele procesrecht: de motivering van het vonnis of arrest) te schenken, want een oprechte motivering kan leiden tot een (meer) *open mind* en daarmee zou de rechter dan meteen aan *debiasing* doen.²⁰¹ Een aangescherpte plicht tot motiveren zal de rechter ook stimuleren om (actief) informatie te vergaren, bijvoorbeeld via artikel 22 Rv, en wellicht zelfs ambtshalve de bewijslevering aan te jagen. De nogal beperkte motiveringsplicht die momenteel geldend recht is als het om de bewijswaardering gaat,²⁰² brengt de civiele rechter dan echter nog niet echt op het juiste spoor; dat is dus een juridische regel om nog eens over na te denken.²⁰³

Overigens zou er ook inhoudelijk bezwaar gemaakt kunnen worden tegen de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met de valkuilen van ‘eerdere rechterlijke bemoeienis’ met een zaak (besproken in par. 3.2 en 4.3), zoals een voorlopig bewijsoordeel. Dat de civiele rechter in de hoofdzaak rechtens niet gebonden is door zijn voorlopige beschouwingen in een tussenvonnis, is waar (tenzij het een bindende eindbeslissing zou betreffen²⁰⁴), maar

198 Zie bijv. HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (*Heerlen/Whizz*) en Hof Den Bosch 10 maart 2009, NJF 2009, 130 (*Jeroen Bosch Ziekenhuis*).

199 Rassin 2008, p. 77. Vgl. ook Lewicka 1998, p. 238 en 239.

200 Baron 1998, p. 7-8; Baron 2008, p. 199 e.v.

201 Zie Baron 2008, p. 221 e.v.

202 Recentelijk nog HR 8 juli 2011, NJ 2011, 307 (*Zürich/Van Gemert*).

203 De redenering dat elke rechter met enige ervaring zich ongetwijfeld bewust is van het gevaar van de *confirmation bias* en er daarom geen last meer van zal hebben, zie par. 4.3, voldoet in elk geval niet.

204 Omdat de rechter daarop niet eens mag terugkomen, speelt er logischerwijs ook geen *confirmation bias* meer; de beslissing staat niet eens ter heroverweging open.

omdat de rechter ongetwijfeld enige ‘zelfbinding’ zal voelen, althans de besproken menselijke neiging tot consistent oordelen niet altijd zal kunnen onderdrukken, en dus vooral bevestiging zal zoeken – ook al voegt het partijdebat na het tussenvonnis nieuwe elementen toe – ligt de zaak hier al snel complexer dan de rechtspraak van de Hoge Raad doet voorkomen. Uiteraard zal de mogelijkheid van hoger beroep en zelfs cassatie een sussende rol kunnen spelen, maar om procespartijen (en de maatschappij) niet onnodig de rechtsmiddelen (en kosten) in te jagen, en omdat partijen daadwerkelijk weinig in beroep gaan, verdient een oplossing in eerste aanleg de voorkeur, desnoods door de inzet van een frisse, nieuwe rechter. Dat de efficiëntie van de rechtspleging daardoor in de problemen komt, compliceert de zaak, maar dat vormt op zichzelf wat ons betreft geen afdoende zwaar argument om dan maar bij voorbaat helemaal niets te doen tegen de mogelijke invloed van de *confirmation bias*.

Betekent het voorgaande nu dat in elke civiele zaak na elk voorlopig bewijsoordeel de *rechter(s) vervangen* moet(en) worden? Dat is niet nodig – en zou ons systeem ook eenvoudig niet aankunnen – mede omdat er onzes inziens alternatieven voorhanden zijn. Ten *eerste* lijkt het mogelijk om *confirmation bias* in groepen (lees: meervoudige kamers) tegen te gaan door te zorgen voor een natuurlijke (niet gevraagde) mate van heterogeniteit in expertise. Die groepen vertonen minder *bias*, want vragen minder bevestigend bewijs en meer ontkennende informatie dan andere groepen.²⁰⁵ Uiteraard werkt dit niet voor enkelvoudig zittende rechters, maar daarvoor is er een tweede optie (die overigens ook voor meervoudige kamers bruikbaar is). Ten *tweede* kan er immers gekozen worden voor een systeem waarin de rechter *na een voorlopig oordeel* (na een comparitie, eerdere bewijsvoering, een afgewikkeld incident, zie par. 4.3) gevraagd wordt – en dat kan geautomatiseerd geschieden – om een *gemotiveerde afweging* te maken en daarvan uiteraard ook verslag te doen, of hij in een vervolgfase van de zaak wel mee zou moeten beslissen.

Aansluitend bij wat Kuijer²⁰⁶ verdedigd heeft als het om de rechterlijke onafhankelijkheid gaat, zouden in dit verband vijf factoren getoetst kunnen worden door de rechter, wat ons betreft ambtshalve:²⁰⁷

- Is de juridische vraag die voor ligt inhoudelijk dezelfde?
- Was er al bewijs voorhanden bij de eerste beoordeling?
- Was een rechter al betrokken als onderzoeksrechter?
- Kan de betrokken rechter de anderen beïnvloeden?
- Wat was feitelijk het gedrag van de rechter in de eerdere fase?

205 Zie Straus, Parker & Bruce 2011, p. 133, met verwijzingen.

206 Kuijer 2004, p. 347-349.

207 Een heroverweging ‘op verzoek’ van een der partijen gaat de *bias* niet direct tegen. Bovendien zullen partijen de nodige schroom voelen om aan de rechter te vragen zijn eigen eerdere afweging nog eens goed over te doen, omdat zij die rechter dan ervan ‘beschuldigen’ dat niet al zelfstandig te zullen doen.

Zodoende kan de vraag beantwoord worden of de eerdere, voorlopige (bewijs)waardering en beslissing zodanig afwijkt van hetgeen in de tweede fase voorligt bij de waardering ten behoeve van het eindoordeel, dat dezelfde rechter dat tweede oordeel nog voldoende onbevangen kan geven.²⁰⁸

Wij realiseren ons overigens dat ook bij dit besluit de *confirmation bias* weer een rol kan spelen: elke zichzelf respecterende rechter zal immers van zichzelf menen dat hij nog steeds voldoende onpartijdig is en zal op zoek gaan naar een bevestiging van dat gegeven. De noodzaak te motiveren kan ook hier weer helpen. En wellicht zouden de vragen aan de rechter juist vanuit het alternatief ('u bent niet langer voldoende onbevangen') moeten worden geformuleerd, zodat er bij voorbaat al enige tegendruk is. Omdat het op deze wijze veel minder dan gevreesd nodig zal zijn om steeds weer nieuwe rechters op lopende zaken te zetten, is het vervolgens wel mogelijk om precies dat wél te doen als het gaat om (terug)verwijzingen door de cassatierechter of de hogerberoeprechter, zodat de vervolgbeslissingen in dat soort zaken geheel zuiver kunnen worden genomen.

7.3 *Debiasing van het anchoring effect*

Een willekeurig numeriek gegeven kan van invloed zijn op de rechterlijke besluitvorming, zo kwam in het vorenstaande al naar voren. Het belang van *debiasing* is daarom groot. Zoals Kahneman stelde:

*'You are always aware of the anchor and even pay attention to it, but you do not know how it guides and constrains your thinking, because you cannot imagine how you would have thought if the anchor had been different (or absent). However, you should assume that any number that is on the table has had an anchoring effect on you, and if the stakes are high you should mobilize yourself (your system 2) to combat the effect.'*²⁰⁹

Er bestaat echter één moeilijkheid ten aanzien van *debiasing* van het *anchoring effect*: er is nog niet aangetoond dat dit mogelijk is. Een expliciete instructie over het bestaan van het *anchoring effect* en het moeten vermijden daarvan, heft het effect niet op.²¹⁰ Wetenschap

208 Als het in eerste instantie om een *summary assessment* gaat, lijkt dat mogelijk, zie Kuijer 2004, p. 350. Het gaat dan immers niet om een *review of quasi appeal* door een rechter van zijn eigen handelen (dat is de toets die Kuijer 2004, p. 364, aanlegt).

209 Kahneman 2011, p. 128.

210 Hierover Chapman & Johnson 1999, p. 144. Zie ook Mussweiler & Strack 1999, p. 151-152. Zij noemen een verklaring hiervoor: een getal (een anker) wordt niet altijd van buiten aangereikt (zoals het geval bij *priming*), maar kan ook *self-generated* zijn (door iemand zelf 'opgepikt'). Het gegeven dat een anker door iemand zelf wordt 'opgepikt' en 'gebruikt' bij de besluitvorming kan, volgens hen, ook een verklaring bieden voor de robuustheid van het *anchoring effect*, omdat '*self-priming*' moeilijk te herkennen valt voor het individu.

van het feit dat een anker willekeurig is gekozen, en dus niet richtinggevend kan zijn voor de beslissing, doet het *anchoring effect* ook niet verdwijnen.²¹¹ Volgens Chapman en Johnson moet er echter wel een onderscheid worden gemaakt tussen kennis over de irrelevantie van de informatie (een breedtemaat als anker voor een hoogtemaat gebruiken) en kennis over het gegeven dat de informatie nooit richtinggevend kan zijn (een burgerservicenummer als anker gebruiken).²¹² De eerste vorm van kennis kan wel zorgen voor een *verminderdanchoring effect*, terwijl de laatste dat niet lijkt te bereiken.²¹³ Guthrie et al. suggereren ook dat specialisering van rechters gestimuleerd zou moeten worden.²¹⁴ Specifieke kennis op een bepaald terrein, zoals het juridische, lijkt het *anchoring effect* echter niet te doen verdwijnen.²¹⁵ Er lijkt wel sprake te zijn van een minder sterk effect als de besluitvormer meer kennis heeft over de zaak waarover moet worden beslist.²¹⁶

Englich stelt dat *anchoring* een multilateraal begrip is, omdat verschillende verschijningsvormen bestaan met alle verschillende karakteristieken. Denk hierbij aan het verschil tussen *self-generated* en expliciet overlegde ankers, en dat tussen *standard* (zowel een vergelijkingssituatie als een absolute vraag) en *basic anchoring* (absolute vraag).²¹⁷ Zo liet Englich zien dat *standard anchoring* leidt tot hetzelfde effect ongeacht de geactiveerde (irrelevante/relevante) kennis bij de besluitvormer, terwijl *basic anchoring* leidt tot een verminderd effect als relevante kennis is geactiveerd.²¹⁸ *Debiasing* zou kunnen plaatsvinden door het type vraagstelling dat wordt voorgelegd aan de besluitvormer (in 'ons' geval, aan de rechter); hij of zij moet niet zozeer de vraag voorgelegd krijgen (of aan zichzelf stellen) of het numerieke gegeven te hoog of te laag is, maar zou direct de vraag gesteld moeten worden hoe hoog een schadevergoeding zou moeten zijn. De vraag is echter hoe deze

211 Tversky & Kahneman 1974; Cervone & Peake 1986; Chapman & Johnson 1999, p. 136-137 en 139; Englich, Mussweiler & Strack 2006. Zie echter Strack & Mussweiler 1997, p. 440.

212 Daarmee verklaren zij het onderscheid tussen hun uitkomsten en de uitkomsten van het onderzoek van Strack & Mussweiler 1997, Chapman & Johnson 1999, p. 137.

213 Deze uitkomst, die op het eerste gezicht enigszins onlogisch lijkt, zou verklaard kunnen worden doordat iemand eerder bedacht is op de irrelevantie van een gegeven als de context daartoe aanleiding geeft (lengte zegt niks over breedte), terwijl irrelevantie op zich iemand kennelijk minder snel prikkelt om bedacht te zijn op denkfoutjes.

214 Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001, p. 825-826.

215 Englich & Mussweiler 2001; Englich, Mussweiler & Strack 2005; Englich 2006. Zie ook Northcraft & Neale 1987 (geen lager *anchoring effect*, maar ook geen verhoogd *anchoring effect* in geval van specifieke kennis); Whyte & Sebenius 1997, p. 81 en 83 (ervaren onderhandelaars). Kritisch over het onderzoek van Wilson en anderen (zie uitkomsten aldaar) is Englich (2008, p. 901).

216 Mussweiler & Strack 1999, p. 160; Mussweiler & Strack 2000.

217 Englich 2008, p. 897.

218 Englich 2008, p. 900. Zie ook Mussweiler, Englich & Strack (2004, p. 196) die stellen dat van *standard anchoring* een sterker effect uitgaat. Ook Wu et al. hebben onderzoeksresultaten die het idee van Englich lijken te bevestigen. Het *anchoring effect* is in hun resultaten krachtiger indien er zowel een vergelijkingsvraag als een absolute vraag wordt voorgelegd. Zo sterk zelfs dat herhaling van het anker – later – geen effect heeft op de uiteindelijke omvang van het *anchoring effect*: 'These findings might suggest that the procedure of anchor comparison ensures that people attend to the anchor and no reinforcement mechanism is needed for the anchoring effect to occur.' (Wu et al. 2008, p. 40).

gedachte geïmplementeerd zou moeten worden in de civiele procedure waarin de rechter afhankelijk is van partijen om, ten minste bij benadering, aan te geven wat de aard en omvang is van de geleden schade.

Gezien het feit dat kennis van de irrelevantie van het anker en/of expertise op een bepaald gebied het *anchoring effect* meestal niet laat verdwijnen, is het, aldus Whyte en Sebenius, wellicht belangrijk om besluitvormers niet te trainen in *debiasing* van het *anchoring effect* op zich, maar om hen te leren om relevante informatie te verzamelen voor hun beslissingen, zodat relevante ankers onderscheiden kunnen worden van irrelevante ankers.²¹⁹

Uit onderzoek van Chapman en Johnson blijkt dat het stellen van vragen naar een bepaald type argumenten (bevestigend respectievelijk onderscheidend) voorafgaand aan een beslissing het *anchoring effect* kan doen verminderen. De aanname waarop de onderzoekers hun onderzoek baseerden, is dat personen de neiging zouden hebben om argumenten te zoeken die het anker bevestigen (ankerconform). Zo zou een numeriek groot anker mensen laten zoeken naar argumenten die bevestigen dat iets groot is en als een anker laag is, zouden mensen zoeken naar argumenten dat iets laag is. In één van hun experimenten stelden zij daarom tegengestelde vragen: als het anker groot was, werd er gevraagd naar tegenargumenten (waarom niet lager?) en als het anker klein was, naar argumenten voor (waarom niet hoger?). Daarnaast was er een controlegroep samengesteld die wel geconfronteerd werd met een van de twee ankers, maar die niet gevraagd werd naar argumenten voor of tegen (de neutrale groep). De resultaten van het onderzoek van Chapman en Johnson lijken te duiden op een methode voor *debiasing*: het *anchoring effect* doet zich sterker voor in de ankerconforme groep en de neutrale groep (hetgeen duidt op een *confirmation bias*, zie par. 4), maar het effect is significant minder in de ankerontkennende groep.²²⁰ De resultaten suggereren dat het nuttig zou kunnen zijn om tegengestelde vragen te stellen,²²¹ om als het ware alternatieve scenario's te poneren, in wezen net zoals dit bij de *confirmation bias* als *debiasing*-techniek geldt (zie par. 7.2).²²²

Een moeilijkheid hierbij is wellicht nog dat in de (juridische) werkelijkheid onduidelijk kan zijn of en wanneer een anker nu groot of klein is. Daarom lijkt het ook onduidelijk wanneer ankerbevestigende respectievelijk ankerontkennende vragen moeten worden gesteld. Aan de andere kant: het werken met alternatieven is altijd aan te raden, zoals we al bespraken in paragraaf 7.2.

219 Whyte & Sebenius 1997, p. 84.

220 Chapman & Johnson 1999, p. 132-135.

221 Zie ook Mussweiler & Galinsky 2001, p. 659.

222 Chapman & Johnson benadrukken echter wel dat deze vorm van *debiasing* niet leidt tot het opheffen van het *anchoring effect*, het zorgt alleen voor een vermindering daarvan, Chapman & Johnson 1999, p. 147.

Een andere manier om het *anchoring effect* te verminderen, zou kunnen zijn om de besluitvormer bloot te stellen aan verschillende numerieke gegevens.²²³ De rechter kan er ook voor kiezen om zichzelf meerdere gegevens voor te leggen (denk aan verschillende delen van de smartengeldgids). Het effect lijkt daarmee echter niet geheel te worden opgeheven, zo blijkt uit onderzoek van Whyte en Sebenius over de invloed van *multiple anchors* op onderhandelingsstrategieën.²²⁴ Als deze strategie toch wordt gekozen, lijkt het belangrijk om – zo blijkt uit onderzoek van Nunes en Boatwright – de besluitvormer (net) voor diens beslissing minder extreme ankers voor te leggen. Uit deze onderzoeksresultaten blijkt namelijk dat het besluit het sterkst beïnvloed wordt als het meest extreme anker als laatste wordt gepresenteerd (*recency effect*, zie par. 6).²²⁵

Er zijn nog legio vragen te stellen als het aankomt op *debiasing* van het *anchoring effect*, zoals: kunnen *incentives* (als prikkel om van het ‘automatische systeem’ om te schakelen naar het ‘reflectieve systeem’) zorgen voor een verminderd *anchoring effect*?²²⁶ Een ander interessante suggestie die Thorsteinson et al. doen (naar aanleiding van onderzoek in de context van *anchoring* en beoordeling van werknemers) is om te onderzoeken in hoeverre het *anchoring effect* zich voordoet indien er een pauze wordt ingelast tussen het moment waarop het anker gepresenteerd wordt en de daadwerkelijke besluitvorming.²²⁷ Een mogelijkheid tot *debiasing* zou dan kunnen zijn om het moment van debat en besluitvorming uit elkaar te halen. Als vertraging inderdaad zou leiden tot *debiasing*, dan zou dit echter wel betekenen dat de rechter bij het maken van dat besluit niet wederom de genoemde ankers zou mogen waarnemen. Los daarvan zou dat uit elkaar halen van debat en besluit echter op zijn beurt weer het risico oproepen van het versterken van een eventueel *primacy effect* (zie par. 6).

7.4 Psychologische bijsturing van *primacy*, *recency* en andere order effects

Besluitvormers die gevraagd worden een geïntegreerd eindoordeel te vormen over een persoon, zaak of voorval op grond van een reeks van verschillende gegevens, lopen grote kans ten prooi te vallen aan *order effects*. Als gevolg daarvan wordt de invloed van de gegevens op het eindoordeel niet slechts bepaald door de waarde of relevantie van de betreffende informatie, maar ook en soms vooral door de plaats van die gegevens binnen

223 Zie English 2006 over de vaststelling van de straftoemeting en de wijze waarop meerdere getallen tot een vermindering van het *anchoring effect* zou kunnen leiden.

224 Whyte & Sebenius 1997, p. 82.

225 Nunes & Boatwright 2004, p. 462 (over consumentengedrag). Zie ook Whyte & Sebenius 1997, p. 82. Zie echter Thorsteinson 2011, p. 1787 (bij salarisonderhandelingen maakt de volgorde waarin de getallen zijn genoemd, niet uit).

226 Whyte & Sebenius 1997, p. 83.

227 Thorsteinson et al. 2008, p. 38.

de reeks. Dit fenomeen doet zich niet alleen voor bij leken, maar ook bij professionele besluitvormers als artsen, accountants en rechters. Net als andere vormen van cognitieve illusies zijn deze *order effects* problematisch waar zij ertoe leiden dat de besluitvormer – onbewust – komt tot een oordeel of besluit dat niet strookt met objectief vast te stellen feiten of met algemeen geaccepteerde mathematische, logische of statistische regels. Er is dan ook groeiende aandacht voor – en onderzoek naar – manieren om dit soort *information processing errors* via psychologische bijsturing te voorkomen of te omzeilen.

In hoeverre is het nu mogelijk om door middel van psychologische bijsturing (*debiasing*) de invloed van *order effects* als het *primacy effect* en het *recency effect* op de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de bewijswaardering in civiele zaken te beperken of uit te sluiten? Een belangrijke premisse voor psychologische bijsturing is inzicht in de reden voor het intreden van een bepaalde cognitieve illusie; je moet immers eerst weten waar de (cognitieve) fout zit, voordat je hem kunt aanpakken.²²⁸ Zoals eerder beschreven lopen de verklaringen voor het intreden van *order effects* echter uiteen. Naast verder onderzoek naar de werking van deze *biases* in de specifieke context van (civielrechtelijke) juridische procedures, zoals eerder al werd bepleit, is er dus ook behoefte aan verdere toetsing en afstemming van de verschillende bestaande theorieën rond de oorza(a)k(en) van *order effects* bij besluitvorming in algemene zin. Lopes concludeert in dit verband:

*‘Building better judges requires that we know what people do and how they do it. After that, debiasing is, if not easy, at least possible.’*²²⁹

Het ontbreken van zowel een holistisch verklaringsmodel voor *order effects* als toegepast onderzoek naar de invloed ervan in de context van (civielrechtelijke) juridische procedures maakt het dus lastig om hier te komen tot eenduidige conclusies over de mogelijkheden tot psychologische bijsturing daarvan. Toch zijn er wel aanknopingspunten, nu verschillende onderzoeken suggereren dat hoewel *primacy effects* en *recency effects* vrij robuust zijn,²³⁰ het desondanks niet onmogelijk is om deze cognitieve illusies te voorkomen of te omzeilen. Zo lijken *primacy effects* in de praktijk onderdrukt of zelfs uitgesloten te kunnen worden door bijvoorbeeld bij de informatieverstrekking (ook) gebruik te maken van beeldmateriaal.²³¹ Ook *recency effects* kunnen omzeild worden, bijvoorbeeld door de besluitvorming in groepsverband te laten plaatsvinden in plaats van op individuele basis of door besluitvormers het proces van oordeels- en besluitvorming te laten documenteren.²³²

228 Zie bijv. Fischhoff 1982a en Lopes 1987.

229 Lopes 1987, p. 184.

230 Zie bijv. Mumma & Wilson 1995 (t.a.v. het *primacy effect*) en Ashton & Kennedy 2002 (t.a.v. het *recency effect*).

231 Zie Sharps, Price & Bence 1996.

232 Zie Ahlawat 1999 en Cushing & Ahlawat 1996, respectievelijk.

Een verdere methode om *order effects* door middel van psychologische bijsturing te verminderen is door de besluitvormer verantwoording af te laten leggen omtrent zijn of haar eindoordeel. In een studie van Tetlock, bijvoorbeeld, moesten de deelnemers de schuld bepalen van de verdachte in een strafzaak aan de hand van bewijsmateriaal dat aan verschillende groepen deelnemers in verschillende volgordes werd gepresenteerd. Bij dit onderzoek werd één groep deelnemers verzekerd dat hun oordeel over de (on)schuld van de verdachte volstrekt betrouwbaar en niet tot hun terug te herleiden zou zijn, terwijl twee andere groepen te horen kregen, respectievelijk vóór en na kennisneming van het bewijsmateriaal, dat zij later gevraagd zouden worden hun oordeel over de (on)schuld van de verdachte te rechtvaardigen tegenover een derde. Hieraan lag ten grondslag de hypothese dat besluitvormers die gemotiveerd zijn om tot een accuraat eindoordeel te komen als gevolg van het feit dat zij zich daarover moeten verantwoorden, informatie beter zouden opslaan in hun geheugen en daardoor minder vatbaar zouden zijn voor *primacy effects*.²³³

De resultaten van het onderzoek wezen uit dat dit inderdaad het geval was en dat bij de deelnemers die voorafgaand aan het bewijsmateriaal bewust gemaakt waren van het feit dat zij ter verantwoording zouden worden geroepen over hun eindoordeel, *primacy effects* veel minder van invloed waren op dat eindoordeel dan bij de andere deelnemers. Het onderzoek laat daarmee zien dat *primacy effects* gevoelig zijn voor psychologische bijsturing door besluitvormers verantwoording te laten afleggen omtrent hun eindoordeel. Het onderzoek laat ook zien dat dit alleen maar werkt als de betreffende besluitvormers reeds vóórdát zij kennis hebben genomen van de informatie op grond waarvan zij hun oordeel of besluit moeten vormen, op de hoogte worden gesteld van het feit dat zij verantwoording zullen moeten afleggen; dat is immers het moment dat de manier waarop zij de informatie in hun geheugen opslaan, nog bijgestuurd kan worden.²³⁴

Ook het *recency effect* lijkt te kunnen worden bijgestuurd door besluitvormers verantwoording te laten afleggen omtrent hun eindoordeel. In een onderzoek onder accountants en MBA-studenten toonde Kennedy aan dat de wetenschap dat zij ter verantwoording geroepen zouden worden omtrent hun oordeel in het kader van een (gefingeerde) *going-concern* evaluatie, ertoe leidde dat de *recency effects* die bij de MBA-studenten werden waargenomen, verdwenen. Tegelijkertijd liet het onderzoek ook zien dat meer ervaren accountants veel minder vatbaar waren voor *recency effects*. Volgens de onderzoekers zou dit te verklaren zijn uit het feit dat *recency effects* veel waarschijnlijker zijn wanneer de besluitvormer de informatie op een *step-by-step*-manier verwerkt (dat wil zeggen: een tussenoordeel vormt na elk gegeven dat gepresenteerd wordt), dan wanneer hij dit doet op een *end-of-sequence*-manier (dat wil zeggen: in één keer een geïntegreerd eindoordeel vormt na kennisneming van alle gegevens). En hoe complexer de taak, hoe waarschijnlijker

233 Tetlock 1983.

234 Tetlock 1983, p. 290-291.

het is dat de besluitvormer (onbewust) overgaat op een *step-by-step*-modus en dus komt tot een eindoordeel dat beïnvloed is door *recency effects*. Het onderzoek laat zien dat dit patroon doorbroken kan worden door de besluitvormers vóór kennisnemen van de informatie te laten weten dat zij verantwoording moeten afleggen over hun eindoordeel.

Omgekeerd suggereert het onderzoek van Kennedy dus ook dat ervaren besluitvormers (hier: de accountants) minder vatbaar zijn voor de invloed van *recency effects*, omdat voor hun de taak minder complex is dan voor hun onervaren collega's (hier: de MBA-studenten), wat betekent dat zij minder snel geneigd zullen zijn om over te gaan op een *step-by-step*-beoordelingsmethode in plaats van een *end-of-sequence*-beoordelingsmethode.²³⁵ De constatering dat ervaring blijkbaar een *bias*-reducerend effect kan hebben voor deze groep – en dus wellicht ook voor andersoortige professionele besluitvormers zoals rechters – is op zichzelf een interessante bevinding. Tegelijkertijd suggereren de resultaten dat de noodzaak voor en het te verwachten effect van verantwoording als *debiasing*-methode voor dit type besluitvormers minder evident is. Het feit echter dat verantwoording nog steeds wél een bijsturend effect kan hebben ten aanzien van *primacy effects* (waarbij de *response mode* minder relevant is), ook bij (ervaren?) professionele besluitvormers, maakt dat het toch interessant is om even stil te staan bij de vraag in hoeverre het afleggen van verantwoording omtrent de rechterlijke besluitvorming over de bewijswaardering in civiele zaken de invloed van *order effects* (of in ieder geval: *primacy effects*) in die context kan verminderen.

Zoals eerder besproken (zie par. 2) heeft de Nederlandse rechter in civiele zaken een behoorlijke mate van vrijheid waar het gaat om de waardering van het bewijs en (de keuze) van de bewijsmiddelen. Hij heeft echter ook een motiveringsplicht, die een belangrijke rol inneemt als verantwoordingsmechanisme. Het bijsturend potentieel van dit mechanisme wordt nog versterkt door het feit dat het ook gepaard gaat met een sanctie; gebrekkige motivering kan immers leiden tot vernietiging van de betreffende uitspraak in hoger beroep. De motiveringsplicht van civiele rechters ten aanzien van hun beslissingen omtrent de waardering van bewijs biedt dus mogelijkheden waar het gaat om het psychologisch bijsturen van *order effects* zoals (in ieder geval) het *primacy effect*. Tegelijkertijd moet echter opgemerkt worden dat, zoals eerder (zie par. 7.2) ook al werd geconstateerd, die motiveeringsplicht juist op het punt van de bewijswaardering in Nederland vrij beperkt is en wellicht verder uitgebreid zou moeten worden om ook daadwerkelijk een rol van betekenis te kunnen spelen waar het aankomt op het bijsturen van dit type cognitieve illusies.

Meer in algemene zin wijzen ook Guthrie, Rachlinski en Wistrich op het *debiasing*-potentieel van het schriftelijk motiveren van rechterlijke vonnissen:

²³⁵ Kennedy 1993.

*'(...) writing opinions could induce deliberation that otherwise would not occur. Rather than serving merely to describe an allegedly deliberative process that has already occurred (...) or to rationalize an intuitive decision already made (...), the discipline of opinion writing might enable well-meaning judges to overcome their intuitive, impressionistic reactions. The process of writing might challenge the judge to assess a decision more carefully, logically, and deductively.'*²³⁶

Behalve een deugdelijke motivering van beslissingen onderstrepen zij ook verschillende andere factoren die naar hun mening een belangrijke rol kunnen spelen bij het verminderen van de invloed van cognitieve illusies op de rechterlijke besluitvorming. Eén factor is het belang van de hoeveelheid tijd die het rechtssysteem rechters gunt om tot een beslissing te komen. Zij stellen in dit kader dat:

*'Judges facing cognitive overload due to heavy dockets or other on-the-job constraints are more likely to make intuitive rather than deliberative decisions because the former are speedier and easier.'*²³⁷

Het door de onderzoekers gestelde feit dat meer tijdsdruk op rechters zou leiden tot meer kans op beïnvloeding van de rechterlijke besluitvorming door cognitieve illusies, lijkt te stroken met de bevindingen van verschillende onderzoeken naar *order effects*. Zoals reeds eerder (in par. 6.4) werd betoogd, ligt er dus een belangrijke taak bij de wetgever en/of de Raad voor de rechtspraak om kaders te scheppen die ervoor zorgen dat de tijdsdruk op rechters niet te groot wordt en zeker niet zo groot dat een deugdelijke motivering van de rechterlijke besluitvorming daaronder gaat lijden. In de praktijk blijkt dit echter een moeilijke opgave.

Verdere methoden om de invloed van cognitieve illusies op de rechterlijke besluitvorming te beperken of uit te sluiten zijn volgens hen: training en *feedback* speciaal gericht op het herkennen en vermijden van cognitieve illusies, het gebruik van hulpmiddelen zoals *scripts* en *checklists* ter ondersteuning van het geheugen en ter bevordering van een methodische aanpak en de verdeling van verantwoordelijkheid voor het nemen van een beslissing in een zaak over meerdere rechters.²³⁸ Het hier besprokene suggereert dat deze methoden ook, juist, een belangrijke rol kunnen spelen waar het gaat om het psychologisch bijsturen van de invloed van *order effects* zoals het *primacy effect* en het *recency effect* op de rechterlijke besluitvorming omtrent bewijswaardering in civiele zaken. Hoe dit in de praktijk precies zou kunnen worden vormgegeven en wat de te verwachten resultaten

²³⁶ Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 36-37.

²³⁷ Ibid., p. 35.

²³⁸ Ibid., p. 38-42.

precies zouden kunnen zijn, lijkt niet alleen een belangrijk onderwerp voor verdere gedachtevorming en onderzoeksactiviteiten binnen het psychologische domein, maar vraagt ook om bewustwording, praktijkexperimenten en (wellicht) het heroverwegen van bestaande kaders binnen het juridische domein.

8 CONCLUSIE

Elke conclusie die op grond van het voorgaande potentieel getrokken zou kunnen worden, kan slechts een voorlopige, relatieve én voorzichtige conclusie zijn. Immers, het aantal (psychologische) onderzoeken naar de prevalentie en effecten van de door ons besproken specifieke *biases* in relatie tot het specifieke geval van rechterlijke besluitvorming in een juridische (civiele) procedure, is tot dusverre zeer beperkt gebleven. Dat heeft uiteraard mede van doen met de inherente obstakels bij een onderzoek naar daadwerkelijke rechterlijke besluitvorming in *real life*-situaties, omdat experimenteren met echte rechters in echte *real life cases* niet mogelijk is; de daadwerkelijke procespartijen hebben immers recht op een ‘gewone’ beslissing op gewone juridische gronden, en kunnen niet blootgesteld worden aan experimenten. En een controlegroep regelen, is ook niet mogelijk, omdat in beginsel elke juridische procedure uniek is. Wat er dus daadwerkelijk gebeurt in het hoofd van een rechter die voor een juridische beslissing staat, weten we nog onvoldoende.

Niettemin is het niet irreëel om te veronderstellen dat rechters ook gewone mensen zijn en dus net als gewone mensen gewone denkfouten kunnen en zullen maken. Welke dat zoal zouden kunnen zijn, hebben we proberen te laten zien, zonder dat we daarbij overigens het gehele palet aan mogelijke *heuristics* en *biases* hebben kunnen presenteren. Ook hebben we getracht om te laten zien welke mogelijke invloed die psychologische inzichten zouden kunnen hebben op de civiele rechtspleging, en hoe daar eventueel mee zou kunnen worden omgegaan. Als de wat ons betreft belangrijkste mogelijke vernieuwde handelwijze, noemen wij in dit verband nog slechts de eerder al op diverse momenten genoemde gedachte om tot een uitvoerigere, betere motivering te komen, aangezien dat tot steviger nadenken, en tot een actieve, open houding kan leiden. Daarmee kan bijvoorbeeld de verder lastig te bestrijden *confirmation bias*, alsook het *anchoring effect* en eventuele *order effects* zoals het *primacy effect* en het *recency effect* enigszins worden ingedamd.

LITERATUUR

Ahlawat 1999

S.S. Ahlawat, ‘Order effects and memory for evidence in individual versus group decision making in auditing’, *Behavioral Decision Making*, vol. 12, afl. 1 (1999), p. 71-88.

Anderson 1965

N.H. Anderson, 'Primacy effects in personality impression formation using a generalized order effect paradigm', *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 2(1) (1965), p. 1-9.

Anderson 1981

N.H. Anderson, *Foundations of information integration theory*, New York: Academic Press 1981.

Anderson 2005

J.R. Anderson, *Cognitive psychology and its implications*, 6^e druk, New York: Worth Publishers 2005.

Ash 1946

S.E. Asch 'Forming impressions of personality', *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 41(3) (1946), p. 258-290.

Ashmann 2010

M.J.A.M. Ashmann, 'Bewijs: verschuiving van "bewijzen" naar 'stellen'?', in: M.J.A.M. Ashmann e.a., *Bewijsrecht*, Den Haag: BJu 2010.

Ashton & Kennedy 2002

R.H. Aston & J. Kennedy, 'Eliminating recency with self-review: The case of auditors' "going concern" judgments', *Journal of Behavioural Decision Making*, Vol 15 (2002), p. 221-231.

Asser 1999

D.H.W. Asser, 'Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces', *Nederlands Juristenblad* 1999, p. 1251 e.v.

Asser 2012

W.D.H. Asser, 'Stelplicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2012/4, p. 107-108.

Asser-Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005

D.J. Veegens, E. Korthals Altes & H.A Groen, *Asser-serie Procesrecht. Cassatie in burgerlijke zaken*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2005.

Austerweil & Griffiths 2011

J.L. Austerweil & T.L. Griffiths, 'Seeking confirmation is rational for deterministic hypotheses', *Cognitive Science*, 2011, 35, p. 499-526.

Baron 1998

J. Baron, *Judgment misguided*, New York: OUP 1998.

Baron 2008

J. Baron, *Thinking and Deciding*, 4th ed., Cambridge: Cambridge University Press 2008.

De Bock 2011

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2003/10, p. 555 e.v.

Bornstein 1994

B.H. Bornstein, 'David, Goliath, and reverend Bayes: Prior beliefs about defendants' status in personal injury cases', *Applied cognitive psychology*, vol. 8, 1994, p. 233-258.

Brewer & Chapman 2003

N.T. Brewer & G.B. Chapman, 'Contrast effects in judgments of health hazards', *The journal of social psychology*, 143(3) (2003), p. 341-354.

Bruine de Bruin 2005

W. Bruine de Bruin, 'Save the last dance for me: unwanted serial position effects in jury evaluations', *Acta Psychologica*, vol. 118 (2005), p. 245-260.

Carroll, Petrusic & Leth-Steensen 2009

S.R. Carroll, W.M. Petrusic & C. Leth-Steensen, 'Anchoring effects in the judgment of confidence: semantic or numeric priming', *Attention, Perception & Psychophysics*, 71(2) (2009), p. 297-307.

Chapman & Bornstein 1996

G.B. Chapman & B.H. Bornstein, 'The more you ask for, the more you get: anchoring in personal injury verdicts', *Applied cognitive psychology*, vol. 10 (1996), p. 519-540.

Chapman & Johnson 1999

G.B. Chapman & E.J. Johnson, 'Anchoring, activation, and the construction of values', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 79, No. 2 (1999), p. 115-153.

Costabile & Klein 2005

K.A. Costabile & S.B. Klein, 'Finishing strong: Recency effects in juror judgments', *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 27(1) (2005), p. 47-58.

Crombag 2010

H.F.M. Crombag, *Integendeel: over psychologie en recht*, Amsterdam: Contact 2010.

Cushing & Ahlawat 1996

B.E. Cushing & S.S. Ahlawat, 'Mitigation of recency bias in audit judgment: The effect of documentation', *Emerald Management Reviews*, vol. 15, afl. 2 (1996), p. 110-122.

Danziger, Levav & Aynaim-Pesso 2011

S. Danziger, J. Levav & L. Aynaim-Pesso, 'Extraneous factors in judicial decisions', *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 108(17) (2011), p. 6889-6892.

Drion 2012

C. Drion, 'Achteruit de toekomst in', *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 1093.

Enescu & Kuhn 2012

R. Enescu & A. Kuhn, 'Serial effects of evidence on legal decision-making', *The European Journal of Psychology applied to Legal Context*, vol. 4 (2) (2012), p. 99-118.

Englich & Mussweiler 2001

B. Englich & T. Mussweiler, 'Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the court room', *Journal of applied social psychology*, 31, 7 (2001), p. 1535-1551.

Englich, Mussweiler & Strack 2005

B. Englich, T. Mussweiler & F. Strack, 'The last word in court – A hidden disadvantage for the defense', *Law and Human Behavior*, vol. 29, afl. 6 (2005), p. 705-722.

Englich 2006

B. Englich, 'Blind of biased? Justitia's susceptibility to anchoring effects in the courtroom based on given numerical representations', *Law & Policy*, vol. 28, no. 4 (2006), p. 497-514.

Englich, Mussweiler & Strack 2006

B. Englich, T. Mussweiler & F. Strack, 'Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making', *Personality and social psychology Bulletin*, vol. 32, no. 2 (2006), p. 188-200.

Englich 2008

B. Englich, 'When knowledge matters – differential effects of available knowledge in standard and basic anchoring', *European Journal of social psychology*, 38 (2008), p. 896-904.

Epley & Gilovich 2001

N. Epley & T. Gilovich, 'Putting adjustment back in the anchoring and adjustment heuristic: differential processing of self-generated and experimenter-provided anchors', *Psychological Science*, vol. 12, no. 5 (2001), p. 391-396.

Eysenck & Keane 2005

M.W. Eysenck & M.T. Keane, *Cognitive psychology. A Student's Handbook*, 5th ed., Hove: Psychology Press 2005.

Farnsworth 2007

W. Farnsworth, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: University of Chicago Press 2007.

Faure 2009

M.G. Faure, *The Impact Of Behavioural Law And Economics On Accident Law* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2009.

Feigenson 1995-1996

N.R. Feigenson, 'The Rhetoric of Torts. How Advocates Help Jurors Think About Causation, Reasonableness, and Responsibility', 47 *Hastings Law Journal* 61 (1995-1996), p. 87-92.

Fischhoff 1982a

B. Fischhoff, 'Debiasing', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 422 e.v.

Fischhoff 1982b

B. Fischhoff, 'For those condemned to study the past: heuristics and biases in hindsight', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 335 e.v.

Forgas 2011

J.P. Forgas, 'Can negative affect eliminate the power of first impressions? Affective influences on primacy and recency effects in impression formation', *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 47 (2011), p. 425-429.

Frederick, Kahneman & Mochon 2010

S.W. Frederick, D. Kahneman & D. Mochon, 'Elaborating a simpler theory of anchoring', *Journal of consumer psychology*, 20 (2010), p. 17-19.

Frederick & Mochon 2012

S.W. Frederick, 'A scale distortion theory of anchoring', *Journal of experimental psychology: General*, vol. 141, no. 1 (2012), p. 124-133.

Frenk & Van Dam 2012

N. Frenk & C.C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen', *NJB* 2012, nr. 2299.

Fugelsang et al. 2004

J. A. Fuselsang et al., 'Theory and data interactions of the scientific mind: evidence from the molecular and the cognitive laboratory', *Canadian Journal of Experimental Psychology*, 2004, 58:2, p. 86-95.

Furnham 1986

A. Furnham, 'The robustness of the recency effect: Studies using legal evidence', *Journal of General Psychology*, vol. 113(4) (1986), p. 351-357.

Galinsky & Mussweiler 2001

A.D. Gelinsky & T. Mussweiler, 'First offers as anchors: the role of perspective-taking in negotiator focus', *Journal of personality and social psychology*, Vol. 81, no. 4, p. 657-669.

Giard 2011

R. Giard, "Dit had niet hoeven gebeuren." De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout voor het CSQN-verband', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011/9, p. 471-478.

Giesen 2001

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001.

Giesen 2005a

I. Giesen, *Handle with care* (oratie Utrecht), Den Haag: BJu 2005.

Giesen 2005b

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2008

I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 181-208.

Giesen 2009

I. Giesen, 'Handhaven met een toefje psychologie', *WPNR* 6817 (2009), p. 845-847.

Giesen & Coenraad 2009

I. Giesen & L.M. Coenraad, 'Toegang tot de rechtspleging anno 2008', *Nederlands Juristenblad* 2009/14, p. 892 e.v.

Giesen 2011a

I. Giesen, 'Beter burgerlijk recht door keuzes op metaniveau en via beter burgerlijk procesrecht', *NTBR* 2011/8, p. 434-438.

Giesen 2011b

I. Giesen, 'Recht en ... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben', *WPNR* 6912 (2011), p. 1065-1074.

Greene et al. 2002

E. Greene et al., 'Jurors and Juries. A Review of the Field', in: J.R.P. Ogloff (red.), *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, New: York: Kluwer Academic 2002, p. 225-284.

De Groot 2012

G. de Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012-1, Kluwer: Deventer 2012, p. 45 e.v.

Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001

C. Guthrie, J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Inside the judicial mind', *Cornell Law Review*, Vol. 86, No. 4 (2001), p. 777-830.

Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007

C. Guthrie, J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the bench: How judges decide cases', *Cornell Law Review*, 2007, Vol. 93, No. 1, p. 1-44.

Hastie, Schkade & Payne 1999

R. Hastie, D.A. Schkade & J.W. Payne, 'Juror judgments in civil cases: the effect of plaintiff's request and plaintiff's identity on punitive damage awards', *Law and behavior*, 1999, vol. 23, no. 4, p. 445-470.

Hoffrage 2004

U. Hoffrage, 'Overconfidence', in: R.F. Pohl (ed.), *Cognitive Illusions*, Hove: Psychology Press 2004, p. 235 e.v.

Hogarth & Einhorn 1992

R.M. Hogarth & H.J. Einhorn, 'Order effects in belief updating: The belief-adjustment model', *Cognitive Psychology*, 1992, vol. 24, p. 1-55.

Huang & Wang 2004

M. Huang & H. Wang, 'The influence of document presentation order and number of documents judged on users' judgment of relevance', *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 2004, vol. 55(11), p. 970-979.

Hugenholtz & Heemskerk

W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 22e druk, Amsterdam: Elsevier juridisch 2009.

Huwer et al. 2007

R.M.E. Huwer, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Den Haag: WODC 2007.

Insko 1964

C.A. Insko, 'Primacy versus recency in persuasion as a function of the timing of arguments and measures', *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1964, vol. 69, p. 381-391.

Jacowitz & Kahneman

K.E. Jacowitz & D. Kahneman, 'Measures of anchoring in estimation tasks', *Personality and social psychology bulletin*, 1995/21, p. 1161-1166.

Kahneman 2011

D. Kahneman, *Thinking, fast and slow*, London: Allen Lane 2011.

Kennedy 1993

J. Kennedy, 'Debiasing audit judgment with accountability: A framework and experimental results', *Journal of Accounting Research*, 1993, Vol. 31, no. 2, p. 231-245.

Kerstholt & Jackson 1998

J.H. Kerstholt & J.L. Jackson, 'Judicial decision making: Order of evidence presentation and availability of background information', *Applied Cognitive Psychology* 1998, vol. 12, p. 445-454.

Klijn 2013

A. Klijn, 'Ankeren: storend mechanisme bij de straftoemeting en wat er tegen te doen', *Trema Straftoemetingsbulletin*, 2013, p. 15-17.

Knoedler, Hellwig & Neath 1999

A.J. Knoedler, K.A. Hellwig & I. Neath, 'The shift from recency to primacy with increasing delay', *Journal of Experimental Psychology*, 1999, vol. 25, no. 2, p. 474-487.

Koehler 1993

J.J. Koehler, 'The influence of Prior Beliefs on Scientific Judgments of Evidence Quality', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 56 (1993), p. 28-55.

Van Koppen & De Keijser 2010

P.J. van Koppen & J.W. de Keijser, 'Beslissende Rechters', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*. Deventer: Kluwer 2010, p. 861-873.

Korobkin & Guthrie 1994

R. Korobkin & C. Guthrie, 'Opening offers and out-of-court-settlement: a little moderation may not go a long way', *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1994, vol. 10, no. 1, p. 1-22.

Korobkin 2006

R. Korobkin, *Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice*, UCLA School of Law, Research paper no. 05-9 (2006), p. 281-382 (<http://ssrn.com/abstract=689261>).

Korobkin & Doherty 2009

R. Korobkin & J. Doherty, 'Who wins in settlement negotiations', *American Law and Economics Review* (2009), p. 162-208.

Kozinski 1993

A. Kozinski, 'What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making', *Loyola of Los Angeles Law Review* 1993, vol. 26, p. 993.

Kuijer 2004

M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Lau & Coiera 2009

A.Y.S. Lau & W.E.W. Coiera, 'Can cognitive biases during consumer health information searches be reduced to improve decision making?', *Journal of the American Medical Informatics Association*, 2009, vol. 16, no. 1, p. 54-65.

Lewicka 1998

M. Lewicka, 'Confirmation bias. Cognitive error or adaptive strategy of action control?', in: M. Kofta et al. (eds.), *Personal control in action*, New York: Plenum Press 1998, p. 233-258.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.

Lopes 1987

L.L. Lopes, 'Procedural debiasing', *Acta Psychologica*, 1987, vol. 64, p. 167-185.

Luchins 1958

A.S. Luchins, 'Definitiveness of impression and primacy-recency in communications', *The Journal of Social Psychology*, 1958, vol. 48, p. 275-290.

Maaravi, Ganzach & Pazy 2011

Y. Maaravi, Y. Ganzach & A. Pazy, 'Negotiation as a form of persuasion: arguments in first offers', *Journal of personality and social psychology*, 2011, vol. 101, nr. 245-255.

MacCoun 1998

R.J. MacCoun, 'Biases in the interpretation and use of research results', *Annual Review of Psychology*, 1998, 49, p. 259-287.

Mahoney 1977

M.J. Mahoney, 'Publication prejudices: An experimental study of confirmatory bias in the peer review system', *Cognitive Therapy and Research*, 1977, Vol. 1, No. 2, p. 161-175.

Malouff & Schutte 1989

J. Malouff & N.S. Schutte, 'Shaping Juror Attitudes: Effects of Requesting Different Damage Amounts in personal Injury Trials', *Journal of Social Psychology*, 1989, vol. 129, p. 491-497.

Miller & Cambell 1959

N. Miller & D.T. Campbell, 'Recency and primacy in persuasion as a function of the timing of speeches and measurements', *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1959, vol. 59, no. 1, p. 1-9.

Mumma & Wilson 1995

G.H. Mumma & S.B. Wilson, 'Procedural debiasing of primacy/anchoring effects in clinical-like judgments', *Journal of Clinical Psychology*, 1995, vol. 51, no. 6, p. 841-853.

Mussweiler & Strack 1997

F. Strack & T. Mussweiler, 'Explaining the enigmatic anchoring effect: mechanisms of selective accessibility', *Journal of personality and social psychology*, 1997, vol. 73, no. 3, p. 437-446.

Mussweiler & Strack 1999

T. Mussweiler & F. Strack, 'Hypothesis-consistent testing and semantic priming in the anchoring paradigm: a selective accessibility model', *Journal of experimental social psychology*, 1999, 35, p. 136-164.

Mussweiler & Strack 2000

T. Mussweiler & F. Strack, 'Numeric judgment under uncertainty: the role of knowledge in anchoring', *Journal of experimental social psychology*, 2000, 36, p. 495-518.

Mussweiler 2001

T. Mussweiler, 'The durability of anchoring effects', *European Journal of Social Psychology*, 2001, 31, p. 431-442.

Mussweiler, Englich & Strack 2004

T. Mussweiler, B. Englich & F. Strack, 'Anchoring effect', in: R.F. Pohl (ed.), *Cognitive Illusions*, Hove: Psychology Press 2004, p. 183-200.

Mussweiler & Englich 2005

T. Mussweiler & B. Englich, 'Subliminal anchoring: Judgmental consequences and underlying Mechanisms', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 2005, vol. 98, p. 133-143.

Negowetti 2012

N.E. Negowetti, 'Judicial Decisionmaking and the Limits of Perception: Mitigating Implicit Bias with Judicial Empathy', *Boston University Public Interest Law Journal* 2012 (forthcoming), <http://ssrn.com/abstract=2164325>.

Nickerson 1998

R.S. Nickerson, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, 1998, vol. 2, no. 2, p. 175-220.

Nunes & Boatwright 2004

J.C. Nunes & P. Boatwright, 'Incidental prices and their effect on willingness to pay', *Journal of marketing research*, 2004, vol. 41, nr. 4, p. 257-466.

Oppenheimer, LeBoeuf & Brewer 2008

D.M. Oppenheimer, R. A. LeBoeuf & N.T. Brewer, 'Anchors aweigh: a demonstration of cross-modality anchoring and magnitude priming', *Cognition*, 2008, 106, p. 13-16.

Orr & Guthrie 2006

D. Orr & C. Guthrie, 'Anchoring, information, expertise, and negotiation: new insights from meta-analysis', *Ohio state journal on dispute resolution*, 2006, vol. 21, 3, p. 597-628.

Oskamp 1982

S. Oskamp, 'Overconfidence in case-study judgments', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 287 e.v.

Oswald & Grosjean 2004

M.E. Oswald & S. Grosjean, 'Confirmation bias', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions*, Hove: Psychology Press 2004, p. 79 e.v.

Plous 1993

S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993.

PG Bewijsrecht 1988

G.R. Rutgers e.a. (red.), *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Raats 2012

S. Raats, 'De beïnvloedbare strafrechter. Een empirisch onderzoek naar het ankereffect van de strafeis van het openbaar ministerie', *Rechtskundig Weekblad* 2012, nr. 31, p. 1202-1210.

Rachlinski 2012

J.J. Rachlinski, 'How Judges Make Decisions', in: R. Giard (red.), *Judicial decision making in civil law*, Den Haag: Eleven Publishing 2012, p. 87 e.v.

Raitz et al. 1990

A. Raitz, E. Greene, J. Goodman & E.F. Loftus, 'The influence of expert testimony on jurors' decision making', *Law and human behaviour*, 1990, vol. 14, no. 4, p. 385-395.

Ruso 2010

J.E. Russo, 'Understanding the effect of numerical anchor', *Journal of consumer psychology*, 2010, 20, p. 25-27.

Rassin 2008

E. Rassin, 'De juiste keuze', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 65 e.v.

Rutledge 1993

R.W. Rutledge, 'The effects of group decisions and group-shifts on use of the anchoring and adjustment heuristic', *Social behavior and personality*, 1993, 21(3), p. 215-226.

Sailors & Heyman 2011

J. J. Sailors & J.E. Heyman, 'Compound anchors and their subsequent effects on judgments', *American behavioral scientist*, 2011, 55(8), p. 1035-1051.

Sharps, Price & Bence 1996

M.J. Sharps, J.L. Price & V.M. Bence, 'Visual and auditory information as determinants of primacy effects', *The Journal of General Psychology*, 1996, vol. 123(2), p. 123-136.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2008.

Stein & Rueb 2009

P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, 17^e druk, Deventer: Kluwer 2009.

Straus, Parker & Bruce 2011

S.G. Straus, A.M. Parker & J.B. Bruce, 'The Group Matters: A Review of Processes and Outcomes in Intelligence Analysis', *Group Dynamics: Theory, Research, and Practice*, 2011/2, p. 128-146.

Tetlock 1983

P.E. Tetlock, 'Accountability and the perseverance of first impressions', *Social Psychology Quarterly*, 1983, Vol. 46, no. 4, p. 285-292.

Thaler & Sunstein 2009

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge*, Londen: Penguin Books 2009.

Thorsteinson et al. 2008

T. J. Thorsteinson, J. Breier, A. Atwell, C. Hamilton & M. Privette, 'Anchoring effects on performance judgments', *Organizational behavior and human decision processes*, 2008, 107, p. 29-40.

Thorsteinson 2011

T.J. Thorsteinson, 'Initiating salary discussions with an extreme request: anchoring effects on initial salary offers', *Journal of applied social psychology*, 2011, 41(7), p. 1774-1792.

Tulving 2007

E. Tulving, 'On the law of primacy', in: M.A. Gluck, J.R. Anderson & S.M. Kosslyn (red.), *Memory and mind: a festschrift for Gordon H. Bower*, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates 2007, p. 31-48.

Tversky & Kahneman 1974

A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', *Science*, new series, 1974, vol. 185, nr. 4157, p. 1124-1131.

Unkelback, Ostheimer, Fasold & Memmert 2012

C. Unkelback, V. Ostheimer, F. Fasold & D. Memmert, 'A calibration explanation of serial position effects in evaluative judgments', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 2012, vol. 119, p. 103-113.

Vallée-Tourangeau, Beynin & James 2000

F. Vallée-Tourangeau, D.M. Beynon & S.A. James, 'The role of alternative hypotheses in the integration of evidence that disconfirms an acquired belief', *European Journal of Cognitive Psychology*, 2000, 12 (1), p. 107-129.

Ten Velden & De Dreu 2012

F.S. ten Velden & C.K.W. de Dreu, *Sociaalpsychologische determinanten van strafrechtelijke besluitvorming*, Research Memoranda, nummer 1-2012, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Van Velthoven 2011-1

B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RM Themis* 2011-1, p. 7-16.

Vonk e.a. 2001

R. Vonk (e.a.), *Cognitieve sociale psychologie*, 2e druk, Utrecht: Lemma 2001.

Wagenaar, Van Koppen & Crombag 1993

W.A. Wagenaar, P.J. van Koppen & H.F.M. Crombag, *Anchored narratives – The psychology of criminal evidence*, New York: St. Martin's Press 1993.

Wagenaar et al. 2010

W.A. Wagenaar et al, 'Ook rechters maken menselijke fouten', in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jellicic & J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*. Deventer: Kluwer 2010, p. 875-893.

Wagner 2006

G. Wagner, 'Heuristics in Procedural Law', in: G. Gigerenzer & C. Engel, *Heuristics and the Law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 281-302.

Wagner 2008

G. Wagner, 'Heuristiken und Urteilsverzerrungen in Konfliktsituationen', *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2008, 121, p. 5.

Walker, Thibaut & Andreoli 1972

L. Walker, J. Thibaut & V. Andreoli, 'Order of presentation at trial', *The Yale Law Journal*, 1972, vol. 82, p. 216-226.

Wason 1960

P. Wason, 'On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task', *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 1960 (3), p. 129-140.

Wayte et al. 2002

T. Wayte et al., 'Psychological Issues in Civil Law', in: J.R.P. Ogloff (red.), *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, New York: Kluwer Academic 2002, p. 323 e.v.

Wegener et al. 2010a

D.T. Wegener, R.E. Petty, K.L. Blankenship & B. Detweiler-Bedell, 'Elaboration and numerical anchoring: implications of attitude theories for consumer judgment and decision making', *Journal of psychology*, 2010, 20, p. 5-12.

Wegener et al. 2010b

D.T. Wegener, R.E. Petty, K.L. Blankenship & B. Detweiler-Bedell, 'Elaboration and numerical anchoring: breath, depth and the role of (non-)thoughtful processes in anchoring theories', *Journal of psychology*, 2010, 20, p. 28-32.

Whyte & Sebenius 1997

G. Whyte & J.K. Sebenius, 'The effect of multiple anchors on anchoring in individual and group judgement', *Organizational behavior and human decision making*, 1997, vol. 69, no. 1, p. 75-85.

Wistrich, Guthrie & Rachlinski 2005

A.J. Wistrich, C. Guthrie & J.J. Rachlinski, 'Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding', *University of Pennsylvania Law Review*, 2005, vol. 153, p. 1251-1345.

Wray & Stone 2005

L.D. Wray & E.R. Stone, 'The Role of Self-esteem and Anxiety in Decision Making for Self versus Others in Relationships', *Journal of Behavioural Decision Making*, 2005, 18, p. 125-144.

Wu et al. 2008

C.S. Wu, F.F. Cheng & H.H. Lin, 'Exploring anchoring effect and the moderating role of repeated anchor in electronic commerce', *Behavior & information technology*, 2008, 27:1, p. 31-42.

Zamir & Ritov 2012

E. Zamir & I. Ritov, 'Loss aversion, Omission bias, and the burden of proof in civil litigation', *The Journal of Legal Studies*, 2012, Vol. 41, No. 1, p. 165-207.

36 RECHTERLIJKE GROEPSBESLUITVORMING

F.S. ten Velden en T.R.W. de Wilde*

SAMENVATTING

Wetenschappelijk onderzoek heeft aangetoond dat individuen, rechters inclus, kunnen afwijken van rationele oordeels- en besluitvorming, met mogelijkerechts onjuiste of onwenselijke beslissingen tot gevolg. In het algemeen wordt verondersteld dat een meervoudige kamer, in vergelijking met de enkelvoudige kamer, informatie op een betere en grondigere manier kan verwerken door de aanwezigheid van meer diversiteit van kennis en vaardigheden. Hierdoor zou de kans op afwijkingen van rationele besluitvorming, en het optreden van foutieve cognitieve vertekeningen, afnemen. In dit hoofdstuk staat deze veronderstelling centraal. We bespreken gedragswetenschappelijk onderzoek naar groepsbesluitvorming en factoren die succesvolle groepsbesluitvorming verhinderen dan wel bevorderen.

1 INLEIDING

De complexiteit van de wereld om ons heen zorgt ervoor dat mensen met meer informatie geconfronteerd worden dan zij bewust kunnen verwerken. Dit probleem wordt doorgaans aangepakt door informatie te filteren. Hierbij worden er, vaak onbewust, keuzes gemaakt over welke informatie wel en welke informatie niet verwerkt wordt. Cognitieve vuistregels zijn eenvoudige mentale regels of geautomatiseerde reacties die mensen in staat stellen om in complexe situaties toch snel en gemakkelijk een beslissing te kunnen nemen. Voorbeelden van zulke cognitieve vuistregels zijn ‘als iedereen het eens is zal het wel kloppen’ en ‘eens een dief, altijd een dief’. Ondanks dat deze vuistregels kunnen helpen bij het snel en effectief beslissen, kan het gebruik van vuistregels ook leiden tot suboptimale of zelfs foutieve oordelen en beslissingen. Rechters hebben, net als ieder ander, niet altijd voldoende cognitieve capaciteit om bewust aandacht te schenken aan elk potentieel belangrijk stukje informatie en om alle beschikbare informatie te overwegen alvorens een beslissing te nemen. Als zodanig kunnen rechters ten prooi vallen aan een scala van denkfouten, die zorgen voor suboptimale oordeels- en besluitvorming. Zo heeft onderzoek

* Delen van dit hoofdstuk zijn eerder in het Engels verschenen als F.S. Ten Velden & C.K.W. De Dreu, ‘Groups as motivated information processors: Implications for decision making among judges’, in: R. Giard (ed.), *Judicial Decision-Making in Civil Law (Vol. 1)*. The Hague: Eleven International Publishing, Boom Legal Publishing 2012.

onder rechters aangetoond dat zij soms gebruikmaken van irrelevante informatie¹ en zich laten leiden door externe factoren tijdens de besluitvorming. Onderzoekers in Israël toonden bijvoorbeeld aan dat de uitspraken onder strafrechters drastisch varieerden, afhankelijk van het moment op de dag.² Zo bleek dat het aantal voorwaardelijke vrijlatingen aan het begin van de werkdag rond de 65% lag, maar naarmate de tijd vorderde terugliep tot bijna 0%. Na een lunchpauze nam het percentage voorwaardelijke vrijlatingen direct toe tot rond de 65%. De auteurs verklaren dat deze resultaten mogelijk veroorzaakt worden door mentale en/of fysieke vermoeidheid. Algemeen wordt aangenomen dat de kans op het plaatsvinden van afwijkingen van rationele oordeels- en besluitvorming zoals hiervoor beschreven afnemen wanneer individuen, rechters inclusief, belangrijke beslissingen nemen in groepen in plaats van individueel. Dit idee lijkt ook ten grondslag te liggen aan de meervoudige kamer.³

De meervoudige kamer, bestaande uit drie of meer rechters, is een belangrijk onderdeel van het Nederlandse rechtssysteem. Verwijzingen naar een meervoudige kamer doen zich vooral voor indien sprake is van complexiteit, publieke of maatschappelijke gevoeligheid en publiciteit, indien specialistische kennis vereist is of indien er sprake is van opleidingsbelang.⁴ Ten grondslag aan de keuze voor een meervoudige kamer ligt de gedachte dat de kans op een juiste beslissing toeneemt als meerdere rechters een zaak behandelen, ‘drie weten meer dan één’,⁵ en deze rechtvaardiging wordt door rechters zelf gedeeld.⁶ Zo zou een meervoudige kamer meer informatie over een zaak tot zich kunnen nemen dan een enkelvoudige kamer – meerdere aspecten in een zaak kunnen worden belicht, waardoor er een kleiner risico is dat er iets over het hoofd wordt gezien. Tevens zou meervoudig beslissen het risico op het optreden van fouten en vergissingen kunnen verminderen en zou er een verminderd risico zijn op het ontstaan van een tunnelvisie bij rechters.⁷ Ten slotte brengen de leden van de meervoudige kamer unieke achtergronden, ervaringen, alsook vakinhoudelijke expertises en kennis in en deze inhoudelijke diversiteit wordt verondersteld positief bij te dragen aan de kwaliteit van oordeels- en besluitvorming.

Mede door het besloten karakter van de besluitvorming in de raadkamer weten we weinig over de wijze waarop beslissingen in meervoudige kamers tot stand komen. Inzicht in aspecten die van invloed zijn op de kwaliteit van de meervoudige rechtspraak is echter van groot belang, mede omdat de oordelen van een meervoudige kamer verstrekkende gevolgen

1 Guthrie e.a. 2001.

2 Danziger e.a. 2011.

3 Dijksterhuis e.a. 2003.

4 Baas e.a. 2010.

5 Bauw e.a. 2013.

6 Baas e.a. 2010; Hartendorp 2007; Sunstein 2005.

7 Corstens 1999; Van Heukelom 1859.

kunnen hebben voor betrokken partijen, voor de jurisprudentie en voor de maatschappelijke acceptatie van specifieke rechterlijke uitspraken en de rechtsprekende instituties. In tegenstelling tot de beperkte kennis over meervoudige kamers is er echter een uitgebreide wetenschappelijke literatuur beschikbaar die de rol van (sociaal)psychologische factoren in individuele en groepsbesluitvorming uiteenzet. Deze literatuur is grotendeels gebaseerd op een lange traditie van experimenteel laboratoriumonderzoek naar hoe individuen en kleine groepen (3-6 individuen) beslissingen nemen. Deze literatuur beschrijft onderzoek naar de wijze waarop groepen gedurende kortere of langere tijd samenwerken en tot gezamenlijke uitspraken komen, creatieve oplossingen bereiken, onderlinge tegenstellingen uitonderhandelen, enzovoort.

In dit hoofdstuk staat de veronderstelling centraal dat het beslissen in groepsverband, zoals plaatsvindt in de meervoudige kamer, kan leiden tot rationelere, kwalitatief hoogwaardigere besluitvorming dan individuele besluitvorming zoals die plaatsvindt in de enkelvoudige kamer. Essentieel in onze analyse is de aanname dat het proces van besluitvorming in meervoudige kamers kan worden opgevat als een specifieke vorm van groepsbesluitvorming. In dit hoofdstuk zal worden besproken in hoeverre deze veronderstelling ondersteund wordt door (psychologisch) wetenschappelijk onderzoek. Bovendien wordt gedragswetenschappelijk onderzoek besproken waarin fundamentele factoren geïdentificeerd worden die kwalitatief hoogwaardige rechterlijke besluitvorming stimuleren of ondermijnen.

2 MEERVOUDIGE BESLUITVORMING

Vanuit een sociaalpsychologisch perspectief verdienen groepen de voorkeur boven individuen in situaties waarbij de te nemen beslissing complex is en er meerdere perspectieven nodig zijn waarmee de relevante informatie bekeken dient te worden.⁸ De aanwezigheid van meerdere individuen kan tot een situatie leiden waarin verschillende vaardigheden en diverse bronnen van kennis tot accurate beslissingen leiden. Bovenal is de potentiële capaciteit voor het onthouden en verwerken van informatie groter in groepen dan bij individuen.⁹ Meerdere rechters kunnen, door onderlinge communicatie, uitwisseling en eventueel debat, meer informatie verwerken en integreren, wat kan resulteren in een betere beslissing dan de simpele optelsom van de individuele rechterlijke oordelen.¹⁰ Daar staat tegenover dat in tegenstelling tot individuele rechters, rechters in meervoudige kamers consensus moeten bereiken om een beslissing te nemen. Dit leidt tot meer complexiteit en vergroot de eisen die gesteld worden aan de rechters tijdens het besluitvormingsproces.

8 Dijksterhuis e.a. 2003; Sunstein 2005.

9 Hartwick e.a. 1982.

10 Corstens 1999.

Zo spelen zaken als de mate waarin effectief wordt samengewerkt, en er met meningsverschillen wordt omgegaan, een rol. De meervoudige kamer is daardoor, net zoals de enkelvoudige kamer, afhankelijk van de individuele kwaliteiten en inzet van de rechters.

Onderzoek dat individuele en groepsbesluitvorming vergelijkt, bevestigt het beeld dat groepen het potentieel hebben om betere beslissingen te nemen dan individuen en heeft geïdentificeerd *wanneer* de potentieel positieve bijdrage van groepsbesluitvorming behaald wordt.¹¹ De consensus is dat, gemiddeld gezien, groepen beter presteren op intellectuele taken – taken met duidelijke, objectieve criteria om de kwaliteit van de prestatie te beoordelen.¹² Ondanks dat groepen vaak minder goed presteren dan hun best presterende groepslid,¹³ zijn groepen in staat problemen op te lossen die geen van de groepsleden afzonderlijk had kunnen oplossen en hebben individuen die in groepsverband werken een grotere motivatie om te presteren dan wanneer zij individueel werken.¹⁴ Echter, niet alle besluitvormingstaken die groepen uitvoeren zijn volledig intellectueel van aard. Veel van de beslissingen die in een meervoudige kamer genomen worden, zijn maar gedeeltelijk te herleiden tot duidelijke en objectieve criteria en zijn dus voor een minstens zo belangrijk deel oordeelvormend. Er is sprake van een oordeelvormende beslissing wanneer subjectieve oordelen een rol spelen tijdens het beslissingsproces, in plaats van objectieve gegevens die een rol spelen bij intellectuele beslissingen. Beslissingen tijdens het raadkameroverleg, variërend van een besluit over nalatigheid tot de vaststelling van schadevergoeding, kunnen daardoor elementen van intellectuele en oordeelvormende beslissingen omvatten. Deze ambiguïteit in het indelen van type beslissing maakt het moeilijk om te bepalen wat een goed besluit is.¹⁵ Om die reden zijn groepsbeslissingen, ondanks de eerder gemelde onderzoeksresultaten, vaak suboptimaal in de ogen van externe partijen, een normatieve standaard of in de ogen van de groepsleden zelf.¹⁶

Zeker wanneer een groepsbeslissing grotendeels oordeelsvormend en subjectief van aard is, blijkt dat de kwaliteit van de besluitvorming vaak achterblijft. Hiervoor is een palet aan oorzaken ontdekt.¹⁷ Zo blijkt, ten eerste, dat groepsleden vaak bevestigende informatie (informatie die overeenkomt met de initiële voorkeur) zoeken en bespreken, in plaats van ontkrachtende informatie (informatie die een initiële voorkeur of mening tegensprekt) en dat zij hun eigen feilbaarheid onderschatten.¹⁸ Rechters kunnen een (gedeelte van) een

11 Fraidin 2004; Laughlin e.a. 2006.

12 Bauw e.a. 2013; Hastie e.a. 1986; Laughlin & Ellis 1986.

13 Fraidin 2004.

14 Hertel e.a. 2000; Laughlin e.a. 2006; Tindale & Larson 1992.

15 Laughlin & Ellis 1986.

16 Kerr & Tindale 2003; Nijstad 2009.

17 Kerr e.a. 1996.

18 Janis & Mann 1977; Schulz-Hardt e.a. 2000; Steiner 1972.

dossier lezen en op basis van deze informatie een initiële mening vormen. Tijdens het overleg in de raadkamer kunnen deze initiële meningen een dusdanige invloed hebben, dat minder aandacht aan informatie gegeven wordt die ofwel tijdens de zitting naar voren is gekomen, ofwel aangedragen wordt door één van de andere rechters en niet overeenkomt met de initiële mening.¹⁹ Ten tweede zijn groepsleden in veel gevallen sterk bezig met de onderlinge, interpersoonlijke verhoudingen en is de aandacht in mindere mate gericht op het gezamenlijk nemen van een kwalitatief hoogwaardige beslissing.²⁰ Met andere woorden: kenmerken van de context waarin de besluitvorming plaatsvindt, leiden af van de inhoud van de besluitvorming. Ten derde speelt dat groepsleden bezorgd zijn over de indruk die zij maken op hun groepsgenoten en/of een extern publiek.²¹ Dit belemmert een open, kritisch debat en bevordert zelfcensuur. In de meervoudige kamer zou dit bijvoorbeeld kunnen optreden wanneer minder ervaren rechters of rechters in opleiding indruk trachten te maken op hun meer ervaren collega's of wanneer rechters bij maatschappelijk beladen dossiers bezorgd zijn om de reactie in de maatschappij.

Ten vierde is er bij groepsbesluitvorming een (overmatige) druk om consensus te bereiken, wat het debat ondermijnt en zelfcensuur bevordert. Onderzoek naar *groupthink* (een denkwijze die optreedt wanneer nauw samenwerkende individuen een hechte groep vormen en zoveel waarde hechten aan een unanieme mening, dat dit belangrijker wordt geacht dan een kritische rationele houding) wijst uit dat een sterke nadruk op het creëren van consensus door meningsverschillen en conflict te vermijden, kan interfereren met het maken van grondige en accurate oordelen.²² De belangrijkste aanname en rechtvaardiging van de meervoudige kamer, namelijk dat meer rechters meer weten dan één rechter, zou onder druk kunnen komen te staan indien de druk om consensus te bereiken het uiten van verschillende meningen en inzichten tegenwerkt. Ten vijfde treedt er bij groepen productieblokkering op: wanneer andere groepsleden aan het woord zijn, wordt de productie en uiting van de eigen argumenten en oordelen geblokkeerd.²³ Discussies in groepen worden in algemene zin sequentieel gevoerd – tijdens besluitvorming in de meervoudige kamer betekent dit dat wanneer één rechter aan het woord is, de andere leden van de meervoudige kamer zwijgen. Dit kan ertoe leiden dat inzichten en ideeën die ontstaan wanneer een andere rechter het woord voert tijdens het raadkameroverleg vergeten worden en daarmee verloren gaan. Ten slotte hebben groepsleden de neiging er impliciet van uit te gaan dat informatie die door henzelf over het hoofd gezien wordt, door andere groeps-

19 Kelly & Karau 1999.

20 De Dreu e.a. 2008; Janis 1972.

21 De Dreu e.a. 2008; Garoupa & Ginsburg 2009.

22 Janis 1982.

23 Nijstad e.a. 2003.

leden wel opgemerkt zal worden²⁴ – en als ieder groepslid deze neiging is toegedaan, is de kans groot dat een belangrijk deel van de relevante informatie niet of beperkt op tafel komt, met alle gevolgen van dien. Vertaald naar de praktijk van de rechtspraak zou dit kunnen betekenen dat wanneer rechters in (te) sterke mate vertrouwen op de aandacht en inzet van collega's tijdens de zitting, zij, onbewust of bewust, op sommige momenten zelf de aandacht laten verslappen en informatie over het hoofd zien.

De hier genoemde redenen die ten grondslag liggen aan suboptimale besluitvorming in groepen gaan elk op een eigen manier over de mate waarin en de wijze waarop groepsleden informatie verwerken en informatie delen. Individuele groepsleden zoeken informatie en nemen informatie in zich op en deze individuele informatieverwerking wordt op groepsniveau geïntegreerd door middel van interactie tussen groepsleden.²⁵ Tijdens dit proces, het integreren van de kennis en informatie van individuele groepsleden, kunnen gemakkelijk onvolkomenheden ontstaan. Zo is het mogelijk dat niet alle groepsleden alle informatie hebben gelezen of dat zij aan bepaalde informatie meer aandacht besteden dan aan andere informatie. Daarnaast kunnen individuele groepsleden tijdens overleg tijdelijk zijn afgeleid of minder geïnformeerd worden, omdat men aanneemt dat informatie reeds bekend is. Dit kan tot gevolg hebben dat het ontstane totaalbeeld een suboptimale afspiegeling is van de informatie die werkelijk voorhanden is en dat de uiteindelijke beslissing anders uitpakt dan wanneer alle mogelijke informatie zowel verwerkt als gedeeld zou zijn. Met andere woorden, om te profiteren van de unieke kennis, vaardigheden en informatie waarover de verschillende groepsleden beschikken, dient informatie uitgewisseld en verwerkt te worden; de kwaliteit van de beslissing hangt in sterke mate af van de mate waarin dit plaatsvindt.

3 GROEPEN ALS INFORMATIEVERWERKERS

Het belang van informatieverwerking en -uitwisseling voor de kwaliteit van besluitvorming is in eerder onderzoek goed geïllustreerd met behulp van zogeheten 'verborgen profiel'-studies.²⁶ Zoals in het voorgaande is beschreven, kunnen groepsleden verschillen in de informatie die zij tot hun beschikking hebben. In de meervoudige kamer is het bijvoorbeeld mogelijk dat twee rechters het volledige dossier hebben gelezen en de derde een samenvatting, of dat één van de rechters minder alert is geweest tijdens de zitting. Hieruit volgt dat de aanname dat groepsleden die dezelfde informatie krijgen, deze op dezelfde manier onthouden en interpreteren, wellicht onjuist is. Sommige informatie in groepen wordt

²⁴ Latane e.a. 1979.

²⁵ Hinsz e.a. 1997; Van Knippenberg e.a. 2004.

²⁶ Stasser & Titus 1985; Stasser & Titus 1987.

gedeeld door alle leden, terwijl andere informatie slechts bekend is bij één of enkele groepsleden. Deze situatie wordt nagebootst in ‘verborgen profiel’-studies. In een ‘verborgen profiel’-situatie moeten groepsleden een keuze maken uit verschillende opties (bijvoorbeeld of een partij wel of niet aansprakelijk is). Ieder groepslid krijgt de beschikking over twee verschillende soorten informatie: informatie die beschikbaar is voor alle groepsleden (gedeelde informatie) en informatie die alleen beschikbaar is voor sommige groepsleden (ongedeelde informatie). De informatie is verspreid over de groepsleden als een verborgen profiel: de informatie die het beste alternatief ondersteunt, is grotendeels ongedeeld. Dus, op basis van de gedeelde informatie lijkt een suboptimaal alternatief (partij is aansprakelijk) het beste. Echter, wanneer gedeelde en ongedeelde informatie gecombineerd wordt, dan blijkt een ander alternatief superieur te zijn (partij is niet aansprakelijk). Kortom, door het uitwisselen en verwerken van ongedeelde informatie kunnen groepen betere beslissingen nemen.²⁷

Meer dan 25 jaar onderzoek naar besluitvorming in ‘verborgen profiel’-situaties toont consistente resultaten. Ten eerste blijken groepsleden geneigd te zijn om voornamelijk te praten over gedeelde informatie en kennen ze veel belang toe aan deze gedeelde informatie. Ten tweede zijn groepsleden sterk geneigd om ongedeelde informatie niet te noemen in een discussie of deze niet volledig serieus te nemen.²⁸ De gedeelde informatie oefent hierdoor een buitenproportioneel grote invloed uit op de groepsdiscussie en de beslissing. Belangrijk is het hierbij om te merken dat wanneer individuen in deze groepen vanaf het begin alle informatie tot hun beschikking hadden (en dus niet van informatie-uitwisseling afhankelijk waren) zij in alle gevallen het correcte alternatief kozen.²⁹ Deze resultaten worden ondersteund door recent onderzoek, dat heeft laten zien dat wanneer alle groepsleden over alle relevante informatie in een strafzaak beschikten, zij goed in staat waren de juiste beslissing te nemen, zelfs beter dan individuen.³⁰ Echter, tijdens besluitvorming in groepen kunnen, door eerder beschreven oorzaken, verschillen ontstaan in de informatie waarover individuele groepsleden beschikken. De wijze waarop groepsleden met deze verschillen omgaan en de kwaliteit van het besluit hangen af van een aantal karakteristieken van het groepsbesluitvormingsproces.

Om de karakteristieken van groepsbesluitvorming te beschrijven en uit te leggen hoe deze karakteristieken van invloed zijn op het besluitvormingsproces is recentelijk het *Motivated Information Processing in Groups* (MIP-G)-model ontwikkeld.³¹ Dit model, weergegeven

27 Stasser & Birchmeier 2003.

28 Stasser & Titus 1985.

29 Schulz-Hardt e.a. 2006.

30 Bauw e.a. 2013.

31 De Dreu e.a. 2008.

in figuur 36.1, beschrijft twee niveaus waarbinnen informatieverwerking plaatsvindt: het individuele niveau en het groepsniveau.³² Groepen worden in dit model gezien als een verzameling individuen die (onafhankelijk) informatie zoeken en verwerken en deze informatie op groepsniveau delen en integreren. Volgens het MIP-G-model kunnen individuen in hun evaluatie en beoordeling van nieuwe informatie kiezen uit twee vormen van informatieverwerking. Enerzijds kunnen zij de informatie verwerken op een snelle, moeiteloze en heuristische wijze, die sterk gegrond is in aangeleerde associaties. Aan de andere kant kunnen individuen ook gebruikmaken van meer inspannende, weloverwogen en systematische manieren van informatieverwerking.³³ Het gebruiken van beslissingsheuristieken kan soms helpen bij het maken van acceptabele en relatief snelle beslissingen, maar het gebruikmaken van gesimplificeerde strategieën kan ook tot desastreuze keuzes leiden.³⁴ In die gevallen kan een meer systematische informatieverwerkingsstrategie groepen wel leiden tot een kwalitatief hoge beslissing.

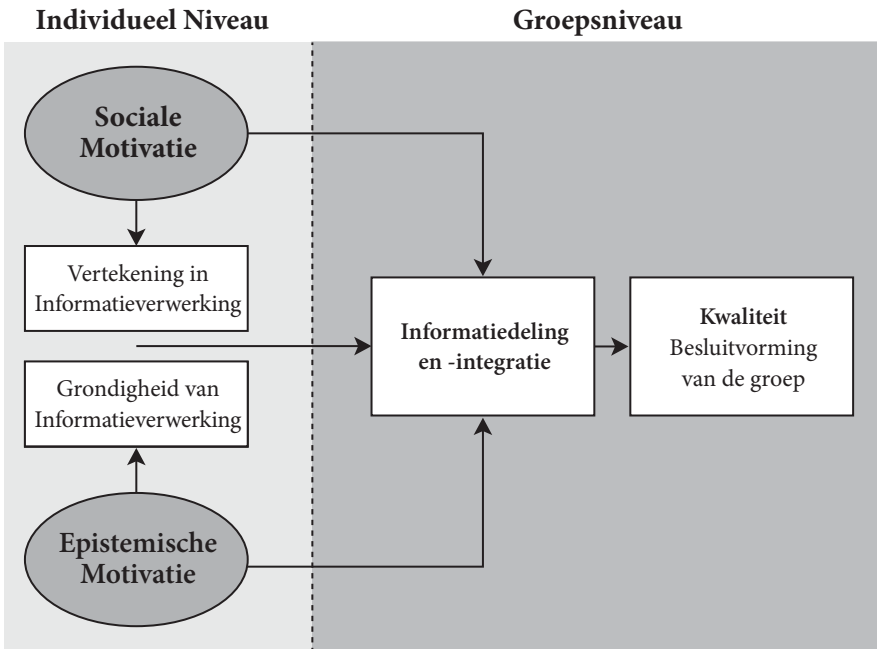
Het model beschrijft een tweetal factoren: sociale motivatie en epistemische motivatie, die beïnvloeden i) de mate waarin er *biases* (vertekeningen) in de informatieverwerking ontstaan en ii) welke informatieverwerkingsstrategie (snel en moeiteloos vs. grondig en systematisch) personen (onbewust) kiezen. Deze factoren worden in de volgende paragrafen uitgebreid toegelicht.

32 Hinsz e.a. 1997.

33 Chaiken 1987; Petty & Cacioppo 1986.

34 De Dreu & Carnevale 2003.

Figuur 36.1 Motivated information Processing in Group model (MIP-G; De Dreu e.a.)



4 VERTEKENINGEN IN DE INFORMATIEVERWERKING: DE ROL VAN SOCIALE MOTIVATIE

Het merendeel van het tot nu toe besproken onderzoek naar groepsbesluitvorming gaat uit van de (impliciete) aanname dat groepsleden een gezamenlijk doel nastreven – het bereiken van consensus en het nemen van een kwalitatief hoogwaardige beslissing. Er zijn geen andere doelen aanwezig, zoals het imponeren of het overtreffen van groepsleden. Echter, de realiteit laat vaak een andere situatie zien. Zo kunnen groepsleden gedreven worden door persoonlijke motieven, zoals het verkrijgen van een hoge status binnen de groep, het imponeren van anderen, het strijken met de eer van de groepsprestatie of het demonstreren van de eigenbekwaamheid.³⁵ Individuen in besluitvormingsgroepen hebben daardoor te maken met een mix van individualistische, zelfzuchtige motieven om een persoonlijk doel te bereiken, en coöperatieve, gezamenlijke motieven om samen een goede beslissing te nemen.³⁶

³⁵ Stroebe e.a. 1992.

³⁶ Davis e.a. 1976.

Individueen verschillen in de mate waarin zij zich in hun gedrag tijdens groepsbesluitvorming laten leiden door meer individualistische of meer coöperatieve motieven. Sociale motivatie refereert aan de mate waarin personen de individualistische versus de coöperatieve motieven in een situatie benadrukken. Personen met een coöperatieve motivatie zien een besluitvormingssituatie als een gezamenlijke taak waarin eerlijkheid en harmonie essentieel zijn. Personen met een individualistische motivatie zien besluitvormingssituaties daarentegen als een competitieve taak, waarin macht en persoonlijk succes essentieel zijn. Eén persoon kan zowel coöperatieve als individualistische motieven bezitten, maar onder andere door omgevingsfactoren kan de één de ander overheersen.

Volgens het MIP-G-model beïnvloedt sociale motivatie het type informatie dat individuen en groepen zoeken, verwerken en uitwisselen. Groepsleden met een coöperatieve motivatie zijn meer geneigd om naar informatie te zoeken die bijdraagt aan de groepsdoelen, zoals het behouden of bevorderen van harmonie en het bereiken van collectieve beslissingen. Groepsleden met een individualistische motivatie zijn daarentegen meer geneigd te zoeken naar informatie die aansluit bij hun persoonlijke doelen, zoals het behouden of bevorderen van status en macht in de groep. Bovenal zullen zij gemotiveerd zijn om hun eigen persoonlijke voorkeuren in de uiteindelijke beslissing te verwerken, met weinig aandacht voor de voorkeuren van andere groepsleden. Dit leidt ertoe dat er een systematische vertekening optreedt in de informatieverwerking, waarbij coöperatieve groepsleden vooral informatie benadrukken dat het gezamenlijk doel dient en individualistische personen informatie benadrukken dat het persoonlijk doel dient (zie figuur 1).

Sociale motivatie is geworteld in stabiele persoonlijkheidstrekken, maar kan ook (tijdelijk) beïnvloed worden door kenmerken van de situatie. De linkerzijde van figuur 2³⁷ geeft een overzicht van de factoren die sociale motivatie beïnvloeden. In de volgende paragraaf bespreken we deze factoren en lichten toe hoe sociale motivatie informatieverwerking en -uitwisseling in groepen beïnvloedt.

4.1 *Persoonlijke- en situationele factoren die sociale motivatie beïnvloeden*

Zoals gezien kan worden in figuur 2 is sociale motivatie gerelateerd aan verschillende stabiele persoonlijkheidsfactoren, zoals individuele verschillen in *sociale waardeoriëntatie*³⁸ en *vriendelijkheid (agreeableness)*.³⁹ Sociale waardeoriëntatie refereert aan de stabiele

³⁷ Deze figuur is gebaseerd op tabel 1 uit De Dreu e.a. 2008.

³⁸ McClintock 1977.

³⁹ Hofstee e.a. 1992.

voorkeur die individuen hebben voor een verdeling van uitkomsten tussen henzelf en anderen. Ondanks dat er een grote variëteit aan sociale waardeoriëntaties mogelijk is, zoals altruïstisch, competitief, individualistisch en coöperatief, hanteren de meeste studies het meer globale onderscheid tussen prozelf- en prosociale motivatie. Prozelf omvat competitieve (gericht op het beter doen dan anderen) en puur individualistische (gericht op de eigen uitkomst, ongeacht die van anderen) motivaties en de prosociale motivatie omvat coöperatieve (in samenwerking met anderen een goede eigen en goede groepsuitkomst bereiken) en puur altruïstische (goed doen voor anderen, ongeacht de eigen uitkomst) motieven. Individen met een prozelfmotivatie proberen de eigen uitkomst te maximaliseren en hebben geen of negatieve aandacht voor andermans uitkomsten. Individen met een prosociale motivatie daarentegen proberen de groepsuitkomsten te maximaliseren. Een grote hoeveelheid onderzoek toont dat sociale waardeoriëntatie een variëteit aan attitudes en gedragingen beïnvloedt, zoals de mate waarin individuen in een groep elkaar vertrouwen en de mate waarin personen belang hechten aan harmonie en gezamenlijk welzijn. De conclusie van dit onderzoek is dat prosociale personen een sterkere neiging hebben om elkaar te vertrouwen, harmonie en gezamenlijk welzijn meer te waarderen, en beslissingen nemen die het coöperatieve doel bevorderen. Individen met een prozelfmotivatie zijn echter geneigd anderen te wantrouwen, waarderen macht en persoonlijk welzijn meer, en nemen beslissingen die individualistische doelen bevorderen.⁴⁰

Sociale motivatie is tevens gerelateerd aan de stabiele persoonlijkheidsfactor vriendelijkheid. Personen die hoog scoren op vriendelijkheid kunnen beschreven worden als 'fundamenteel altruïstisch, meevoelend met anderen, behulpzaam, en welwillend om hulp te ontvangen'. Iemand die laag scoort op vriendelijkheid is meer egocentrisch, sceptisch tegenover andermans intenties en streeft individualistische in plaats van coöperatieve doelen na.⁴¹ Onderzoek naar de effecten van deze persoonlijkheidsfactor op het gedrag van individuen in groepen laat zien dat in groepen waarvan de leden vriendelijker zijn meer coöperatie en minder competitie plaatsvindt dan in groepen waarvan de leden minder vriendelijk zijn.⁴²

Uit de genoemde onderzoeken blijkt dat de sociale waardeoriëntatie en vriendelijkheid van individuele groepsleden beïnvloeden of groepsleden individualistische of coöperatieve motieven hanteren die gericht zijn op persoonlijk succes of gezamenlijk succes. Sociale motivatie kan echter ook (tijdelijk) worden beïnvloed door externe factoren. Bijvoorbeeld, het geven van instructies dat een individu niet alleen de eigen belangen en voorkeuren in overweging moet nemen, maar ook de voorkeuren van anderen, heeft een positieve invloed

40 Voor overzichtsartikelen zie De Dreu & Carnevale 2003; Weber e.a. 2004.

41 Costa & McCrae 1992.

42 Barry & Friedman 1998; Feist 1998; Graziona e.a. 1997.

op coöperatieve motivatie. Wanneer instructies echter voorschrijven dat personen zich moeten richten op de eigen voorkeuren, verhoogt dit de individualistische motivatie en dit leidt tot het nastreven van persoonlijke doelen in plaats van een collectief doel.⁴³ Een tweede externe factor die sociale motivatie beïnvloedt, is de onderlinge relatie van groepsleden. Groepsleden die elkaar al geruime tijd kennen en/of verwachten in de toekomst vaker te gaan samenwerken, stellen zich coöperatiever op dan groepsleden die elkaar niet kennen en/of geen toekomstige samenwerking verwachten.⁴⁴

Kortom, stabiele persoonlijkheidsfactoren beïnvloeden de sociale motivatie van individuen, die vervolgens beïnvloedt of individuen een gezamenlijk doel nastreven, gericht op consensus, of een persoonlijk doel nastreven, gericht op persoonlijk succes. Daarnaast kan sociale motivatie beïnvloed worden door situationele factoren. Zo verschillen groepssituaties in de mate waarin ze coöperatieve en individualistische prikkels bevatten: een groep management trainees kan wellicht vooral individualistisch gemotiveerd zijn, omdat ze voor een baan strijden, terwijl rechters in de meervoudige kamer hoogstwaarschijnlijk voornamelijk gericht zijn op het accuraat beoordelen van de zaak en het bereiken van consensus. Het kan daarbij echter niet uitgesloten worden dat individuele rechters ook individualistisch gemotiveerd zijn door onder andere statusmotieven of de wens dat hun voorkeur voor een beslissing gesteund wordt. Essentieel is dus dat zelfs in situaties die gedomineerd worden door coöperatieve motieven, individualistische motieven wel degelijk een rol kunnen spelen. In de volgende paragraaf wordt besproken hoe coöperatieve versus individualistische motieven groepsdiscussies en groepsbesluitvorming beïnvloeden.

4.2 *Effecten van sociale motivatie op groepsbesluitvorming*

Onderzoek heeft verschillende manieren geïdentificeerd waarop sociale motivatie de informatieverwerking tijdens besluitvorming in groepen beïnvloedt. In de voorgaande paragrafen is besproken dat sociale motivatie voor vertekening in de informatieverwerking zorgt: sommige informatie wordt geaccentueerd, terwijl andere genegeerd wordt, afhankelijk van de individuele motivatie van personen. Zo kunnen groepsleden bijvoorbeeld vooral voor hun eigen positie argumenteren en informatie benadrukken die consistent is met die positie. Deze vertekening, ook wel *advocacy* genoemd, vindt vooral plaats wanneer groepsleden een individualistische of competitieve motivatie hebben.⁴⁵ Bijvoorbeeld wanneer groepsleden in een groepsbeslissing zelfzuchtige belangen of voorkeuren hebben, zijn ze

43 De Dreu e.a. 2008.

44 Ben-Yoav & Pruitt 1984; Fry e.a. 1983.

45 Schulz-Hardt e.a. 2000; Stasser & Titus 1985.

geneigd vooral informatie te delen die het alternatief van hun voorkeur ondersteunt, daarbij tegenstrijdige informatie negerend.

Een tweede vertekening kan ontstaan wanneer groepsleden een gevoel van eigenaarschap ontwikkelen over hun ideeën, argumenten en voorkeuren, omdat ze energie hebben besteed aan het ontwikkelen van die ideeën.⁴⁶ Dit gevoel van eigenaarschap heeft twee gevolgen. Ten eerste, individuen reageren vaak defensief als hun meningen in twijfel getrokken worden, aangevochten worden of weerlegd worden op basis van nieuwe feiten en bewijs. Ten tweede, individuen proberen vaak de validiteit en waarheid van hun argumenten en voorkeuren te vergroten, wat kan leiden tot het onvermoeibaar pleiten voor de eigen perspectieven en het van tafel proberen te vegen van tegenargumenten die aangedragen worden door groepsleden. In het kort, gedurende groepsdiscussies proberen groepsleden hun eigen voorkeuren naar voren te brengen, groter en beter te laten lijken en andere informatie te negeren dan wel te bestrijden. Onderzoek suggereert dat dit vooral optreedt bij individualistisch gemotiveerde personen – individuen met een coöperatieve motivatie lijken minder gevoelig zijn voor gevoelens van eigenaarschap op individueel niveau.⁴⁷ In plaats daarvan construeren ze een gevoel van eigenaarschap op groepsniveau. Dit suggereert dat coöperatieve groepsleden minder geneigd zijn om hun eigen voorkeuren te verdedigen, wat ertoe zou kunnen leiden dat groepen met coöperatieve groepsleden meer open staan voor verschillende meningen en voorkeuren, wat de uiteindelijke kwaliteit van de besluitvorming ten goede komt.

Echter, een coöperatieve motivatie is geen wondermiddel voor alle potentiële problemen in informatieverwerking en informatiedeling. Een sterke coöperatieve motivatie kan ook leiden tot bepaalde vertekeningen in informatieverwerking en -deling. Bewijs hiervoor kan gevonden worden in de hiervoor besproken ‘verborgen profiel’-studies die laten zien dat gedeelde informatie hoger gewaardeerd en meer gedeeld wordt dan unieke, ongedeelde informatie. In deze studies wordt er, expliciet of impliciet, van uitgegaan dat groepsleden coöperatief naar het gezamenlijke doel van een goede beslissing toewerken. Dit suggereert dat juist in coöperatieve situaties er een te grote focus op gedeelde informatie ligt, ten koste van ongedeelde informatie. Dit leidt vaak tot het nemen van een suboptimale beslissing. Deze vertekening heeft twee mogelijke oorzaken: zelfcensuur en *mutual enhancement*. Groepsleden met een coöperatieve motivatie waarderen harmonie en consensus, wat ervoor kan zorgen dat ze zichzelf weerhouden van het delen van informatie die tegen de huidige consensus van de groep ingaat. Anders gesteld, coöperatieve groepsleden zijn minder

⁴⁶ Abelson 1986.

⁴⁷ Carnevale 1995.

geneigd een afwijkende mening te uiten. Deze zelfcensuur kan leiden tot de eerder beschreven focus op gedeelde informatie en beslissingen van lagere kwaliteit.

De tweede oorzaak voor de vertekening in informatiedeling in coöperatieve groepen is dat gedeelde informatie de eigenschap heeft dat het gevalideerd kan worden door andere groepsleden. Het gevolg is dat groepsleden die gedeelde informatie uitten, gezien worden als meer centrale groepsleden, en als beter geïnformeerd en meer competent dan groepsleden die ongedeelde informatie noemen. Deze *mutual enhancement* zorgt ervoor dat groepsleden met veel gedeelde informatie invloedrijker zijn.⁴⁸ Het is aannemelijk dat dit proces vaker voorkomt in coöperatieve groepen dan in individualistische groepen, omdat in deze groepen de kans groter is dat groepsleden gestimuleerd worden elkaar te valideren om de harmonie en samenwerking te vergroten. Dus, zelfcensuur en *mutual enhancement* krijgen meer kans in coöperatieve dan in individualistische groepen en sturen de informatiedeling in de richting van gedeelde in plaats van ongedeelde informatie.

4.3 Coöperatie versus individualisme: Wat leidt tot de beste besluiten?

Volgens het MIP-G-model, zorgen individualistische en coöperatieve motieven beide voor specifieke vertekeningen in het type informatie waar groepsleden naar zoeken, hoe deze informatie gegenereerd wordt en hoe de informatie verwerkt wordt. Coöperatieve groepsleden zijn dankzij hun focus op harmonie meer geneigd hun eigen afwijkende meningen te censureren en meer waarde te hechten aan gedeelde informatie dan individualistische groepsleden. Individualistische groepsleden daarentegen zijn geneigd onafhankelijker te denken, wat kan leiden tot een hogere waardering van unieke, ongedeelde informatie, en dus tot het maken van betere groepsbesluiten. Hun focus op persoonlijk gewin zorgt echter voor *advocacy* en gevoelens van eigenaarschap. Ook kan een sterke individualistische drang ertoe leiden dat ideeën en informatie van anderen genegeerd of onnodig sterk bekritiseerd worden.

Kortom, onderzoek naar sociale motivatie leidt tot een interessant raadsel. Enerzijds lijkt het dat hoe meer groepsleden een individualistische motivatie hebben, hoe minder waarschijnlijk het is dat de groep zich focust op het bereiken van consensus en het integreren van perspectieven. Dit zorgt voor een toename in het delen van unieke informatie, wat cruciaal is gebleken voor het nemen van hoogwaardige beslissingen. Aan de andere kant is gebleken dat hoe meer groepsleden een individualistische motivatie hebben, hoe minder waarschijnlijk het is dat andermans ideeën serieus genomen worden en geïntegreerd worden met de eigen ideeën en in de uiteindelijke beslissing. Hieruit kan dus afgeleid

48 Wittenbaum e.a. 1999.

worden dat coöperatieve groepsleden beter zijn in het nemen van goede beslissingen die de voorkeuren van alle groepsleden bevatten, maar slechter zijn in het nemen van beslissingen als groepsleden veel unieke informatie bezitten die afwijkt van de dominante voorkeur in de groep.

Deze paradox wordt goed geïllustreerd in onderzoek naar de effecten van de onderlinge bekendheid van groepsleden op de kwaliteit van de groepsbeslissing. Zoals eerder genoemd, zijn groepsleden die bekend zijn met elkaar vaker coöperatief gedurende de discussie en streven vaker een gezamenlijk doel na dan groepsleden die onbekend zijn met elkaar. Zo is gebleken dat groepen bestaande uit vrienden beter in staat zijn om ‘verborgen profiel’-situaties op te lossen dan groepen die bestaan uit vreemden.⁴⁹ Echter, als groepsleden elkaars voorkeuren kennen (wat vaker voorkomt als groepsleden bekend zijn met elkaar), dan besteden ze minder aandacht aan elkaars argumenten, wat de besluitvorming negatief beïnvloedt.⁵⁰ Dus ook hier wordt weer bevestigd dat zowel individualistische als coöperatieve groepen gevoelig zijn voor vertekeningen in informatieverwerking en -deling.

Figuur 36.2 Persoonlijkheidsfactoren en externe factoren die voor meer (+) of minder (-) coöperatieve sociale motivatie en epistemische motivatie zorgen (De Dreu e.a.)

	Sociale Motivatie	Epistemische Motivatie
Persoonlijkheidsfactoren	Pro-sociale waarde oriëntatie (+) Goedaardigheid (+) Neiging tot vertrouwen (+)	Behoeftte aan cognitie (+) Behoeftte aan structuur (-) Behoeftte aan cognitieve afsluiting (-)
Externe factoren	Coöperatief beloningssysteem (+) Pro-sociale normen/klimaat (+) Collectieve identiteit (+) Anticiperen op toekomstige interacties (+) Interacties uit het verleden (+)	Procesverantwoordelijkheid (+) Tijdsdruk (-) Machtsoverwicht (-) Homogeniteit van voorkeuren (-) Sterke minderheden (+) Autocratisch leiderschap (-)

Concluderend kan gesteld worden dat een coöperatieve en gezamenlijke doelstelling, gericht op het bereiken van consensus en harmonie, geen voldoende voorwaarde is voor succesvolle oordeels- en besluitvorming. Coöperatieve groepen moeten de neiging om zichzelf te censureren en om gedeelde informatie te overwaarden, onderdrukken. In plaats daarvan moeten ze individuele, unieke informatie betrekken in het proces en deze

⁴⁹ Gruenfeld e.a. 1996.

⁵⁰ Mojzisch & Schulz-Hardt 2010.

ongedeelde informatie goed verwerken en delen. In de volgende paragraaf beargumenteren we dat naast een coöperatief doel, groepen informatie ook op een grondige en weloverwogen manier moeten verwerken.

5 DE GRONDIGHEID VAN INFORMATIEVERWERKING: EPISTEMISCHE MOTIVATIE

Individueen kunnen wanneer zij informatie evalueren, delen en integreren, gebruikmaken van een tweetal, elkaar onderling uitsluitende strategieën: beschikbare informatie kan verwerkt worden op een snelle, oppervlakkige wijze, of op een intensieve, systematische wijze waarbij alle alternatieven grondig worden geëvalueerd. Wanneer informatie verwerkt wordt op een oppervlakkige en heuristische wijze, wordt informatie beoordeeld aan de hand van eerder opgedane ervaringen en heuristieken. Een voorbeeld van een dergelijke heuristiek is de ‘consensus impliceert juistheid’-heuristiek, waarbij een samenhang tussen de mate van consensus in een groep en de correctheid van een oordeel wordt verondersteld: naarmate meer personen het eens zijn met elkaar, is de kans dat het oordeel juist is groter. Deze heuristiek speelt een belangrijke rol in groepsbesluitvorming wanneer sprake is van verschillende oordelen en meerdere personen in een groep hetzelfde oordeel hebben, terwijl anderen een afwijkende mening hebben. Wanneer informatie echter op een systematische, intensieve manier wordt verwerkt, wordt er minder gebruikgemaakt van heuristieken en baseren individuen hun beslissing of oordeel op inhoudelijke en voor de zaak specifieke informatie met beslissingen van hogere kwaliteit tot gevolg.

Volgens het MIP-G-model is de mate waarin individuen informatie oppervlakkig en heuristisch dan wel systematisch en grondig verwerken afhankelijk van hun epistemische motivatie.⁵¹ Epistemische motivatie refereert aan de mate waarin een individu gemotiveerd is om moeite en aandacht te besteden aan het creëren van een grondig en weloverwogen beeld van de wereld, waaronder ook oordelen en beslissingen vallen. Een oppervlakkige manier van informatieverwerking, gebaseerd op heuristieken, komt vaker voor als personen een lage epistemische motivatie hebben, terwijl grondige en diepgaande informatieverwerking vaker voorkomt bij personen met een hoge epistemische motivatie. Daarnaast zijn individuen met een lage epistemische motivatie vatbaarder voor allerlei vertekeningen, oftewel *biases*, in het besluitvormingsproces. Individueen met een lage epistemische motivatie vallen bijvoorbeeld vaker ten prooi aan het ankereffect.⁵² Het anker effect houdt in dat bij het maken van numerieke schattingen personen waarde hechten aan irrelevante referentiepunten. Zo is in onderzoek bijvoorbeeld aan een groep mensen gevraagd om de hoogte van de dom in Keulen te schatten. De eerste groep kreeg van te voren het cijfer 50 te zien, terwijl de tweede groep het cijfer 1000 te zien kreeg. Deze nummers functioneerden

51 De Dreu e.a. 2008.

52 Tversky & Kahneman, 1974.

als referentiepunt (anker), waardoor de hoogte van de dom in Keulen door de eerste groep lager geschat werd dan door de tweede groep. Mensen met een hoge epistemische motivatie zijn echter beter in staat om het anker te negeren bij het maken van hun schatting.

Epistemische motivatie kan, net zoals sociale motivatie, geworteld zijn in stabiele, individuele factoren of (tijdelijk) beïnvloed worden door externe factoren. De rechterkolom in figuur 2 geeft een overzicht van de individuele en situationele factoren die epistemische motivatie bevorderen of belemmeren. In paragraaf 5.1 worden deze factoren in meer detail besproken.

5.1 *Persoonlijkheidsfactoren die epistemische motivatie beïnvloeden*

Need for Cognitive Closure – Behoeftte aan cognitieve afsluiting

Figuur 2 toont dat epistemische motivatie negatief gerelateerd is aan *Need for Cognitive Closure*, de behoefte aan cognitieve afsluiting, een stabiele persoonlijkheidstrekk die refereert aan iemands behoefte om eenduidige en resolute antwoorden te vinden op vragen.⁵³ Individuen met een hoge behoefte aan cognitieve afsluiting worden gekenmerkt door cognitieve ongeduldigheid: ze vellen eerder een oordeel op basis van onvolledig bewijs en redeneren vaak op een rigide manier. Personen met een lage behoefte aan cognitieve afsluiting zijn echter meer geneigd om oordelen uit te stellen en gaan sneller over tot het vergaren van additionele informatie, en proberen informatie op meerdere manieren te interpreteren. In vergelijking met individuen met een lage behoefte aan cognitieve afsluiting worden individuen met een hoge behoefte aan cognitieve afsluiting gemakkelijker beïnvloed door eerste indrukken, maken ze meer gebruik van stereotypen en reageren negatiever op personen die de consensus in een groep aanvechten.

Het MIP-G-model stelt dat personen met een hoge behoefte aan cognitieve afsluiting informatie sneller als toereikend zien dan personen met een lage behoefte aan cognitieve afsluiting, waardoor zij vaker de informatie die het eerst voorhanden is gebruiken. Zij komen zo tot snelle conclusies en houden aan deze conclusies vast. In scherp contrast staan individuen met een lage behoefte aan cognitieve afsluiting. Zij stellen hun oordelen uit totdat ze zo veel mogelijk informatie ingewonnen hebben. Kortom, een hoge behoefte aan cognitieve afsluiting leidt tot een lage epistemische motivatie en dit vermindert het grondig zoeken, evalueren en integreren van informatie.

53 Zie Kruglanski & Webster 1996 voor een overzichtsartikel.

Need for Cognition – Behoeftte aan cognitie

Need for Cognition, de behoefte aan cognitie, refereert aan de manier waarop individuen de wereld om hen heen en de problemen en besluiten die ze tegenkomen, benaderen. Individuen met een hoge behoefte aan cognitie worden gekenmerkt door een sterke, intrinsieke behoefte om informatie op een diepgaande en intensieve manier te verwerken.⁵⁴ Ze bestuderen en gebruiken alle beschikbare informatie en hebben vooral aandacht voor de kwaliteit van argumenten in discussies. Ze worden ook minder snel dan individuen met een lage behoefte aan cognitie beïnvloed door irrelevante informatie en stimuli zoals de aantrekkelijkheid van de discussiepartner. Wanneer individuen een hoge behoefte aan cognitie hebben, leidt dit tot een hogere epistemische motivatie, en vice versa, en dit beïnvloedt de mate waarin individuen geneigd zijn de oordelen van anderen te accepteren zonder zelf informatie in te winnen. Zo bleek uit een studie naar het besluitvormingsproces bij tweetallen dat individuen met een lage behoefte aan cognitie meer geneigd zijn om de oordelen en kennis van anderen te vertrouwen en vaker gebruikmaken van heuristieken om tot een oordeel te komen.⁵⁵ Daarnaast is in onderzoek met schijnjury's aangetoond dat juryleden met een hoge behoefte aan cognitie actiever meededen in het overleg, langer spraken, meer overtuigende argumenten gebruikten en minder gemakkelijk overtuigd werden door mede-juryleden dan individuen met een lage behoefte aan cognitie.⁵⁶

Need for Structure – behoefte aan structuur

Need for Structure, de behoefte aan structuur, verwijst naar de neiging om gegeneraliseerde en gesimplificeerde representaties van voorgaande ervaringen te gebruiken. Individuen met een hoge behoefte aan structuur worden gekarakteriseerd door een chronische voorkeur voor eenvoud en structuur; zij beschouwen de wereld en de te nemen beslissing op minder complexe wijze en verwerken informatie op een snelle, oppervlakkige manier.⁵⁷ Onderzoek heeft aangetoond dat individuen met een hoge behoefte aan structuur bij het nemen van een beslissing vaker vertrouwen op stereotyperingen en het probleem simplificeren.⁵⁸ Bovendien blijkt uit meer recente studies dat individuen met een sterke behoefte aan structuur weinig tolerantie hebben voor afwijkende (minderheids)standpunten en geneigd zijn deze te negeren of zelfs actief te onderdrukken.⁵⁹ Individuen met een lage behoefte aan structuur worden gekenmerkt door een voorkeur voor complexiteit en spontaniteit, zijn minder geneigd gebruik te maken van heuristieken en meer geneigd om nieuwe

54 Behoeftte aan cognitie is slechts zeer beperkt gerelateerd aan intelligentie. Zo werd een grote variabiliteit in behoefte aan cognitie gevonden in studies waarin gebruikgemaakt werd van bovengemiddeld intelligente studentenpopulaties; Fleischhauer e.a. 2010.

55 Shestowsky e.a. 1998.

56 Shestowsky & Horowitz 2004.

57 Neuberg & Newsom 1993.

58 Thompson e.a. 2001.

59 Kruglanski e.a. 2006.

informatie in het besluitvormingsproces te verwerken. Het MIP-G-model stelt daarom dat personen met een lage behoefte aan structuur vaker een hogere epistemische motivatie hebben dan personen met een hoge behoefte aan structuur, en informatie daardoor grondiger verwerken.

De mate waarin individuen informatie op een grondige, diepgaande manier verwerken hangt niet alleen af van stabiele persoonlijkheidsfactoren, maar wordt ook bepaald door een groot aantal externe factoren. Wanneer individuen bijvoorbeeld onder tijdsdruk snel een beslissing moeten nemen, is het waarschijnlijk dat hun epistemische motivatie verandert (vijf minuten voor het verstrijken van een deadline lijkt een bepaalde beslissing bijvoorbeeld meer toereikend dan twee dagen voor het verstrijken van een deadline). In de volgende paragrafen worden externe factoren besproken die de informatieverwerking tijdens de besluitvorming beïnvloeden.

5.2 *Externe factoren die epistemische motivatie beïnvloeden*

Tijdsdruk

Tijdsdruk ontstaat wanneer een deadline nadert, wanneer er tegenwerking plaatsvindt in een zaak of simpelweg als er niet voldoende tijd is en het volgende onderwerp of de volgende zaak al op de agenda staat. Vanuit een psychologisch perspectief zijn de oorzaken van tijdsdruk minder relevant. Waar het om gaat, is dat tijdsdruk psychologisch ervaren wordt, ongeacht of het objectief gezien ook daadwerkelijk aanwezig is. Op individueel niveau beïnvloedt tijdsdruk de manier waarop individuen informatie verwerken en evalueren: wanneer individuen tijdsdruk ervaren, wordt informatieverwerking versimpeld.⁶⁰ Individen besteden bijvoorbeeld alleen aandacht aan specifieke types informatie en zoeken cognitieve afsluiting. Dit maakt het waarschijnlijker dat individuen hun mening baseren op eerste indrukken, ankers en stereotypen.⁶¹ Tijdsdruk vermindert de epistemische motivatie, omdat onder druk informatie sneller als toereikend wordt gezien, waardoor groepen overstappen op het gebruik van oppervlakkige manieren van informatieverwerking. Hierdoor neemt de kans op het ontstaan van vertekeningen in het besluitvormingsproces toe.

Een lange geschiedenis van onderzoek naar de invloed van tijdsdruk tijdens groepsbesluitvorming heeft aangetoond dat wanneer groepen tijdsdruk ervaren, zij minder informatie uitwisselen waardoor de kwaliteit van hun besluiten afneemt.⁶² Daarnaast worden onder

⁶⁰ De Dreu 2003.

⁶¹ Kruglanski & Freund 1983; Wright 1974.

⁶² Kelly & Karau 1999.

tijdsdruk minder vaak foutieve aannames en oordelen herzien, en zijn groepen meer geneigd om routines en protocollen te volgen.⁶³ Recent onderzoek laat zien dat tijdsdruk ook voor een toename in de vertekening van besluitvormingsprocessen zorgt. In een studie met schijnjury's kregen groepen van drie personen vier strafzaken te lezen waarvan ze de schuld-onschuld van de verdachte moesten bepalen. Onder tijdsdruk werd de vierde verdachte vaker schuldig bevonden als de eerste drie verdachten onschuldig waren bevonden, en vice versa.⁶⁴ Dit fenomeen staat bekend als de gokkersfout, een vertekening die kan optreden wanneer individuen herhaaldelijk beslissingen nemen.⁶⁵ Een aansprekend voorbeeld is dat wanneer een munt vijf keer wordt opgegooid en de eerste vier keer komt 'kop' boven te liggen, mensen onterecht vermoeden dat de kans groter is dat in de vijfde worp 'munt' gegooid wordt.

Procesverantwoordelijkheid

Procesverantwoordelijkheid refereert aan de mate waarin individuen verwachten dat ze geobserveerd en geëvalueerd worden door anderen.⁶⁶ Uit onderzoek is gebleken dat de beslissingskwaliteit verhoogd wordt als de beslissing belangrijk geacht wordt en groepsleden zich verantwoordelijk voelen voor het proces. De redenen hiervoor zijn door recent onderzoek blootgelegd. Procesverantwoordelijkheid zorgt er ten eerste voor dat groepen meer systematisch, grondig en weloverwogen informatie verwerken en ten tweede dat dit ook de kwaliteit van de groepsbeslissing verhoogt.⁶⁷ In een studie met een 'verborgen profiel'-taak gaven groepen met hoge procesverantwoordelijkheid aan (i) dat ze meer informatie nodig hadden om tot een goede beslissing te komen, ii) dat ze gemotiveerder waren om informatie systematisch te verwerken en iii) dat ze meer ongedeelde informatie deelden.⁶⁸ Groepen die deze meer systematische manier van informatieverwerking hanteerden, maakten daardoor vaker de juiste keuze dan groepen die de taak uitvoerden zonder procesverantwoordelijkheid. Kortom, procesverantwoordelijkheid verhoogt epistemische motivatie, omdat de procesverantwoordelijkheid ervoor zorgt dat groepsleden informatie minder snel als toereikend zien, wat leidt tot betere beslissingen.

63 De Grada e.a. 1999.

64 Ten Velden & De Dreu 2012.

65 Tversky & Kahneman 1974.

66 Procesverantwoordelijkheid is niet hetzelfde als uitkomstverantwoordelijkheid, waarbij personen verwachten verantwoordelijk gehouden te worden voor de uitkomst van hun beslissingen in plaats van voor de wijze waarop ze tot die beslissing zijn gekomen (het proces); zie Lerner & Tetlock 1999.

67 De Dreu e.a. 2000.

68 Scholten e.a. 2007.

5.3 *Factoren op groepsniveau die epistemische motivatie beïnvloeden*

Homogeniteit van voorkeuren en kritische norm

Naast de eerder beschreven externe factoren zijn er ook groepskenmerken die de epistemische motivatie en daarmee de kwaliteit van informatieverwerking in groepen beïnvloeden. Onderzoekers hebben in het bijzonder aangetoond dat ‘homogeniteit van voorkeuren’ leidt tot een hoger vertrouwen van groepsleden in de juistheid van hun oordelen en ideeën (zie ook de eerder genoemde ‘consensus impliceert juistheid heuristiek’). Wanneer er binnen een groep een sterke consensus is met betrekking tot de te nemen beslissing, dan wordt het oordeel al snel als toereikend beschouwd. Met andere woorden: de epistemische motivatie wordt verlaagd en daarmee wordt de kans verkleind dat de groep op zoek gaat naar extra informatie. Een heterogeniteit van voorkeuren kan er echter voor zorgen dat het vertrouwen van groepsleden in de beslissing daalt, waardoor de epistemische motivatie stijgt en dus de kans vergroot dat er naar extra informatie gezocht wordt.⁶⁹

Een tweede aan groepsbesluitvorming gerelateerde externe factor die de epistemische motivatie beïnvloedt, is de mate waarin er in de groep een norm heerst dat men elkaar mag bekritisieren. Zodra groepen op een zelfkritische manier het besluitvormingsproces en elkaars meningen, voorkeuren en oordelen beoordelen, delen en verwerken ze ook meer relevante informatie. Zo is uit onderzoek gebleken dat als groepen eerst een taak moeten uitvoeren waarbij groepsleden gevraagd wordt kritisch te zijn, er een kritische norm ontstaat die leidt tot deling van unieke informatie en betere prestaties in een volgende taak.⁷⁰ Wanneer groepen echter vooraf een taak moesten uitvoeren waarbij groepsleden consensus moesten bereiken, werd minder unieke informatie gedeeld en volgde een kwalitatief minderwaardige prestatie. Deze bevindingen suggereren dat, zeker wanneer sprake is van hoge tijdsdruk, groepen wellicht geneigd zijn om een consensusnorm te verkiezen boven een kritische norm. Kortom, homogeniteit van voorkeuren leidt tot meer zelfvertrouwen in groepen, waardoor de groep minder kritisch wordt in de beoordeling van de juistheid van hun voorkeuren. Deze lagere epistemische motivatie zorgt ervoor dat informatie minder grondig en systematisch wordt verwerkt.

Beslisregels en minderheidsstandpunten

In tegenstelling tot individuele besluitvorming vereist groepsbesluitvorming het gebruik van een beslisregel. Beslisregels betreffen formele of informele afspraken over de wijze waarop een beslissing genomen dient te worden en variëren in de mate waarin consensus nodig is om tot een oordeel te komen. Daarbij wordt de keus in veel gevallen gemaakt

⁶⁹ Baker & Petty 1994; Schulz-Hardt e.a. 2002.

⁷⁰ Postmes e.a. 2001.

tussen twee beslisregels: unanimitéitsregel en meerderheidsregel.⁷¹ Wanneer sprake is van het gebruik van een unanimitéitsregel, dienen alle leden van een groep akkoord te zijn met de beslissing. Een meerderheidsregel daarentegen impliceert een consensus in de meerderheid van de groep; het is daarbij niet noodzakelijk dat alle groepsleden het eens zijn met de te nemen beslissing. Onderzoek naar de psychologische effecten van het gebruik van deze beslisregels heeft een aantal relevante bevindingen opgeleverd. Zo is gebleken dat het gebruik van unanimitéitsregel door jury's in de Verenigde Staten in vergelijking tot meerderheidsregels wordt ervaren als moeilijker en het gebruik van deze beslisregel leidt tot minder en langzamer genomen beslissingen.⁷² Daarnaast blijkt het gebruik van de unanimitéitsregel vaker te leiden tot een beslissing die overeenkomsten vertoont met de initiële voorkeur van het meest extreme groepslid dan wanneer gebruikgemaakt wordt van de meerderheidsregel. Een mogelijke verklaring voor deze vindingen is dat als de unanimitéitsregel gehanteerd wordt, de individuele bijdragen van groepsleden belangrijker worden, aangezien alle groepsleden een beslissing moeten nemen en een mening moeten vormen over de kwestie. Het gevolg is dat er meer geluisterd wordt naar groepsleden met afwijkende meningen dan als er een meerderheidsregel gebruikt wordt. De resultaten van dit onderzoek suggereren dus dat het gebruik van de unanimitéitsregel systematische en grondige informatieverwerking stimuleert, waardoor de meningen van alle groepsleden van invloed zijn op de te nemen beslissing.

Ondanks dat de voorkeur van de meerderheid meestal domineert, kan het soms zo zijn dat een minderheid de meerderheid overtuigt, en zelfs wanneer dit niet gebeurt, heeft onderzoek uitgewezen dat de aanwezigheid van afwijkende meningen van minderheden leidt tot meer divergent denken, minder zoeken naar bevestigende informatie en minder conformiteit.⁷³ Het MIP-G-model stelt dat door de aanwezigheid van afwijkende standpunten bij minderheden de overige groepsleden informatie grondiger gaan verwerken. Top op heden ontbreekt systematisch onderzoek naar de effecten van minderheidsstandpunten op informatieverwerking tijdens groepsbesluitvorming, maar wij verwachten dat de genoemde voordelen zich vooral voordoen als de unanimitéitsregel gebruikt wordt, aangezien in het geval van de meerderheidsregel het niet noodzakelijk is dat minderheden gehoord worden, waardoor zij minder invloedrijk zijn.

Machts- en statusverschillen

Individuele verschillen tussen groepsleden, zoals machts- en statusverschillen, beïnvloeden ook de informatieverwerking en de kwaliteit van beslissingen. Machtsverschillen kunnen

71 Kaplan & Miller 1987; Stasser & Birchmeier 2003.

72 Davis e.a. 1975; Kerr e.a. 1976.

73 Gruenfeld e.a. 1998; Schulz-Hardt e.a. 2000.

veroorzaakt worden door verschillende factoren. Zo kunnen statusverschillen binnen een groep, veroorzaakt worden door verschillen in senioriteit, bijdragen aan een waargenomen machtsverschil tussen groepsleden. Ook de verschillende rollen die groepsleden hebben in een groep kunnen machtsverschillen veroorzaken. Een voorzitter kan een grotere stempel op het besluitvormingsproces drukken dan een nieuwe medewerker of een rechter in opleiding.

Onderzoek heeft aangetoond dat machtsverschillen invloed uitoefenen op de mate waarin individuen diagnostische of bevestigende informatie verwerken en zoeken. Zo suggereren de resultaten van eerder onderzoek dat personen met weinig macht controle proberen te krijgen over hun situatie door veel aandacht te schenken aan de persoon met macht, om zo de wensen, behoeftes en acties van het machtige groepslid te voorspellen.⁷⁴ In een verborgen profieltaak heeft dit bijvoorbeeld als gevolg dat personen met een lage status vaker gedeelde informatie noemen dan personen met een hoge status. Een verklaring voor deze bevinding kan zijn dat het noemen van gedeelde informatie, die bij iedereen bekend is, meer status en invloed oplevert dan het noemen van ongedeelde informatie.⁷⁵ Ander onderzoek liet tevens zien dat groepsleden met weinig macht zich meer richten tot de machtige groepsleden en daardoor minder geneigd zijn afwijkende meningen te uiten. De resultaten van deze onderzoeken laten zien dat wanneer sprake is van machtsverschillen, de mening van het machtigste groepslid een onevenredige invloed kan uitoefenen op de uiteindelijke groepsbeslissing

Leiderschap

De laatste, voor groepen specifieke, externe factor die de epistemische motivatie beïnvloedt, is de leiderschapstijl van de leider of de voorzitter van de groep. Transformationeel leiderschap – leiderschap door middel van het verspreiden van een inspirerende boodschap en het stimuleren van volgers – stimuleert groepsleden om ideeën bij te dragen aan de groep.⁷⁶ Autocratisch of sterk directief leiderschap ondermijnt echter het onafhankelijk en weloverwogen denken over taken.⁷⁷ De mate waarin een leider in staat is om een discussie te faciliteren en belangrijke informatie boven tafel weet te krijgen is van invloed op de kwaliteit van het groepsbesluit.⁷⁸ Hoewel systematisch onderzoek op dit gebied schaars is, is het aannemelijk dat specifieke leiderschapstijlen epistemische motivatie beïnvloeden. Voorlopig bewijs hiervoor wordt geleverd door groepsonderzoek dat toont dat groepsleden onder directief leiderschap minder informatie uitwisselen en als gevolg hiervan suboptimale

⁷⁴ Copeland 1994; Fiske 1992.

⁷⁵ Wittenbaum 1998.

⁷⁶ Bass 1985.

⁷⁷ Yukl 2006.

⁷⁸ De Dreu e.a. 2008.

keuzes maken.⁷⁹ Sterk directief autoritair leiderschap lijkt de epistemische motivatie te verlagen, terwijl transformationeel leiderschap epistemische motivatie mogelijk verhoogt. Voor de kwaliteit van de uiteindelijke groepsbeslissing kan het daarom van belang zijn om de leiderschapsstijl in ogenschouw te nemen bij het benoemen van een voorzitter tijdens het besluitvormingsproces.

Uit de hiervoor beschreven onderzoeken blijkt dat verschillende individuele persoonlijkheidsfactoren en externe factoren van invloed zijn op de mate waarin groepsleden informatie oppervlakkig of diepgaand verwerken, wat vervolgens de kwaliteit van de groepsbeslissing beïnvloedt. Sommige factoren verlagen de epistemische motivatie, zoals een hoge behoefte aan cognitieve afsluiting en structuur, en een lage behoefte aan cognitie. Ook tijdsdruk, homogeniteit van voorkeuren en directief leiderschap leiden tot een lagere epistemische motivatie. Daarentegen heeft onderzoek ook laten zien dat een lage behoefte aan cognitieve afsluiting, een hoge behoefte aan cognitie, procesverantwoordelijkheid, het gebruik van de unanimiteitsregel en de aanwezigheid van afwijkende minderheidsstandpunten de epistemische motivatie verhogen.

5.4 *Coöperatieve motivatie en hoge epistemische motivatie*

Onderzoek naar epistemische motivatie in groepsbesluitvorming laat zien dat groepen baat hebben bij het grondig en weloverwogen verwerken van informatie. Groepen wisselen meer ongedeelde informatie uit en nemen als gevolg kwalitatief hoogwaardiger beslissingen als ze gemotiveerd zijn om deze informatie grondig en diepgaand te verwerken. Het is hier belangrijk om op te merken dat in een groep individuele contributies van leden gecombineerd moeten worden tot een coherent, haalbaar en accuraat eindproduct. Dit betekent dat systematisch informatie verwerken van individuen alleen zinvol is wanneer groepsleden de beschikbare informatie ook delen vanuit een coöperatief perspectief en met het collectieve belang in gedachten. De aanwezigheid van persoonlijke versus collectieve doelen bepaalt de mate waarin groepsleden bereid zijn om naar elkaars argumenten te luisteren, informatie te delen, en dus ook de kwaliteit van het uiteindelijke besluit. Helaas zijn groepsleden vaak geneigd om alleen die informatie te delen die hun eigen voorkeuren en meningen ondersteunt. Deze neiging is vooral aanwezig in groepen waar leden bovenal persoonlijke doelen en belangen nastreven in plaats van collectieve doelen en belangen.

De aanwezigheid van een coöperatief doel en het proberen te bereiken van consensus is dus noodzakelijk, maar niet toereikend. Bewijs geleverd door onderzoek naar sociale motivatie in groepsbesluitvorming laat zien dat coöperatieve groepen, in vergelijking met

79 Nevicka e.a. 2011.

individualistische groepen, meer waarde hechten aan inclusie en harmonie en minder snel een persoonlijk doel laten prevaleren. Tegelijkertijd echter kunnen deze groepen zich ook té veel richten op het bereiken van consensus, waardoor groepsleden intolerant worden tegenover afwijkende meningen. Hierdoor laten coöperatieve groepen unieke informatie vaker onbenut. De les die hieruit geleerd kan worden, is dat coöperatieve groepen gemotiveerd moeten worden om alle informatie te delen, ook als dit betekent dat dit de heersende consensus ondermijnt. Een manier om dit te bewerkstelligen is diepe, weloverwogen en grondige informatieverwerking te stimuleren. Kortom, naast een coöperatieve motivatie hebben groepsleden ook een hoge epistemische motivatie nodig.

6 CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

Zolang meervoudige kamers gebruikt worden om te oordelen over belangrijke zaken, is het belangrijk om vertekeningen en problemen in de groepsbesluitvorming te minimaliseren. In dit hoofdstuk hebben wij geput uit een lange traditie van psychologisch, gedragswetenschappelijk onderzoek naar individuele en groepsbesluitvorming, en het *Motivated Information Processing in Groups Model* in het bijzonder. We hebben verschillende persoonlijkheidsfactoren en externe factoren die vertekening tijdens besluitvorming versterken of verminderen geïdentificeerd. Hier willen wij drie kernpunten benadrukken.

Ten eerste zijn groepen potentieel zeer geschikt om te oordelen over complexe zaken waarbij feiten, meningen, subjectieve inschattingen en verschillende expertises een rol spelen, zeker als de beschikbare informatie dusdanig overvloedig is dat deze moeilijk verwerkt kan worden door één persoon. Niettemin maken groepen, net als individuen, ook gebruik van heuristieken en vuistregels om de complexiteit van informatie te verminderen, waardoor ze verkeerde conclusies kunnen trekken. De organisatie van besluitvorming in groepen in plaats van besluitvorming door individuen is echter niet voldoende als medicijn tegen eenzijdige oordeels- en besluitvorming.

Ten tweede brengen groepssituaties eigen, unieke vertekeningen voort die groepsbesluitvorming en oordelen in belangrijke mate beïnvloeden. Een gebrek aan epistemische motivatie leidt tot het suboptimaal delen en integreren van informatie, met als gevolg een grotere kans op vertekening en foutieve besluitvorming. Epistemische motivatie wordt beïnvloed door individuele persoonlijkheidstrekken van rechters, waarbij lage behoefte aan cognitie, hoge behoefte aan cognitieve afsluiting en structuur leidt tot oppervlakkige informatieverwerking. Echter, epistemische motivatie wordt ook beïnvloed door externe factoren. Tijdsdruk en autocratisch leiderschap leiden beide tot een lagere epistemische motivatie. Procesverantwoordelijkheid verhoogt de epistemische motivatie. Bij de

samenstelling van de meervoudige kamer kan rekening worden gehouden met persoonlijkheidstrekken, wellicht in combinatie met kenmerken van situaties als tijd- en werkdruk en machtsverschillen.

Ten derde is onderzoek besproken naar de verschillen tussen individualistische en coöperatieve motivaties in groepen. Sterke coöperatieve motivaties manifesteren zich in de neiging om persoonlijke doelen op te geven voor het belang van de groep. Als groepsleden een coöperatieve motivatie hebben, worden machtsverschillen wellicht minder invloedrijk en zullen groepsleden minder geneigd zijn om status te zoeken. Ook zullen leden elkaar meer vertrouwen, minder zelfcensuur toepassen en meer informatie delen en integreren. Belangrijk is het om ook hier weer het belang van zowel epistemische alsook sociale motivatie in het oog te houden. De positieve effecten van een coöperatieve motivatie zullen voornamelijk tot uiting komen als de epistemische motivatie hoog is. Als de epistemische motivatie echter laag is, is het aannemelijker dat groepsleden kiezen voor snelle compromissen die gebaseerd zijn op heuristieken. Alleen als groepsleden een hoge epistemische motivatie hebben, profiteren coöperatieve groepen van meer uitwisseling van informatie, meningen en inzichten.

De meeste in dit hoofdstuk beschreven onderzoeksresultaten zijn gebaseerd op laboratoriumexperimenten met groepen die slechts gedurende een korte tijd bij elkaar waren. Desondanks zijn wij van mening dat de hier besproken vertekeningen, zoals het gegeven dat groepsleden zich voornamelijk richten op gedeelde informatie, ook een rol spelen in de meervoudige kamer. Door het beschrijven van factoren die systematische, weloverwogen informatieverwerking stimuleren, hebben we enkele mogelijke mechanismes geïdentificeerd waarmee besluitvormingsfouten verminderd kunnen worden. In veel gevallen zijn de factoren die epistemische en sociale motivatie ondermijnen veranderbaar, bijvoorbeeld door de personen die de agenda bepalen (tijdsdruk) of de samenstelling van de kamer (machts- en persoonlijkheidsverschillen). In die gevallen is geïnformeerd zijn over de mogelijke oorzaken en gevolgen van besluitvormingsvertekening een mogelijk effectieve manier om de besluitvormingskwaliteit te verhogen. We hopen dat dit hoofdstuk niet alleen leidt tot verdere wetenschappelijke studies, maar ook inzichten oplevert voor degenen die in de praktijk bezig zijn met het verbeteren van de enkelvoudige en meervoudige rechterlijke besluitvorming.

LITERATUUR

Abelson 1986

R.P. Abelson, 'Beliefs are like possessions', *Journal for the Theory of Social Behavior*, 16, 1986, p. 223-250.

Baas e.a. 2010

R. Baas, L. de Groot-van Leeuwen & M. Laemers, *Rechtspreken: samen of alleen*, Research Memoranda 5, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010.

Baker & Petty 1994

S. Baker & R. Petty, 'Majority and minority influence: source-position imbalance as a determinant message scrutiny', *Journal of Personality and Social Psychology*, 67, 1994, p. 5-19.

Barry & Friedman 1998

B. Barry & R.A. Friedman, 'Bargainer characteristics in distributive and integrative negotiation', *Journal of Personality and Social Psychology*, 74, 1998, p. 345-359.

Bass 1985

B.M. Bass, *Leadership and performance beyond expectations*, New York: Free Press 1985.

Bauw e.a. 2013

E. Bauw, F. van Dijk & J. Sonnemans, 'De waarde van meervoud. De bijdrage van meervoudig beslissen aan de kwaliteit van rechtspraak', *Nederlands Juristenblad*, 6, 2013, p. 356-363.

Ben-Yoav & Pruitt 1984

O. Ben-Yoav & D. Pruitt, 'Resistance to yielding and the expectation of cooperative future interaction in negotiation', *Journal of Experimental Social Psychology*, 34, 1984, p. 323-335.

Carnevale 1995

P.J.D. Carnevale, 'Property, culture, and negotiation', in: R. Kramer & D. Messick (eds.), *Negotiation as a social process: New trends in theory and research*, 1995, p. 309-323.

Chaiken 1987

S. Chaiken, 'The heuristic model of persuasion', in M.P. Zanna, J.M. Olson & C.P. Herman (eds.), *Social influence: The Ontario symposium*, 1987, Vol. 5, p. 3-39.

Copeland 1994

J.T. Copeland, 'Prophecies of power: Motivational implications of social power for behavioral confirmation', *Journal of Personality and Social Psychology*, 67, 1994, p. 264-277.

Corstens 1999

G.J.M. Corstens, 'De alleensprekende rechter', *Nederlands Juristenblad*, 1999, p. 392-393.

Costa & McCrae 1992

T. Costa & R.R. McCrae, *Revised NEO Personality Inventory (NEO-PIR): Professional Manual*, Psychological Assessment Resources, Inc, 1992, p. 15.

Danziger e.a. 2011

S. Danziger, J. Levav & L. Avnaim-Pesso, 'Extraneous factors in judicial decisions', *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2011, 108, p. 6889-6892.

Davis e.a. 1975

J.H. Davis, N.L. Kerr, R.S. Atkin, R. Holt & D. Meek, 'The decision processes of 6- and 12-person mock juries assigned unanimous and two-thirds majority rules', *Journal of Personality and Social Psychology*, 32, 1975, p. 1-14.

Davis e.a. 1976

J.H. Davis, P.R. Laughlin & S.S. Komorita, 'The social psychology of small groups: Cooperative and mixed-motive interaction', *Annual Review of Psychology*, 27, 1976, p. 501-541.

De Dreu e.a. 2000

C.K.W. De Dreu, S. Koole & W. Steinel, 'Unfixing the fixed-pie: A motivated information-processing account of integrative negotiation', *Journal of Personality and Social Psychology*, 79, 2000, p. 975-987.

De Dreu 2003

C.K.W. De Dreu, 'Time pressure and closing of the mind in negotiation', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 91, 2003, p. 280-295.

De Dreu & Carnevale 2003

C.K.W. De Dreu & P.J.D. Carnevale, 'Motivational bases for information processing and strategic choice in conflict and negotiation', in: M.P. Zanna (ed.), *Advances in experimental social psychology* (Vol. 35), New York: Academic Press 2003, p. 235-291.

De Dreu e.a. 2008

C.K.W. De Dreu, B.A. Nijstad & D. van Knippenberg, 'Motivated information processing in group judgment and decision making', *Personality and Social Psychology Review*, 12, 2008, p. 22-49.

Dijksterhuis e.a. 2003

B.M. Dijksterhuis, M.J.G. Jacobs & W.M. de Jongste, *De competentiegrens van enkelvoudige kamers in strafzaken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Feist 1998

G.J. Feist, 'A meta-analysis of personality in scientific and artistic creativity', *Personality and Social Psychology Review*, 2, 1998, p. 290-309.

Fiske 1992

S.T. Fiske, 'Controlling other people: The impact of power on stereotyping', *American Psychologist*, 48, 1992, p. 621-628.

Fleischhauer e.a. 2010

M. Fleischhauer, S. Enge, B. Brocke, J. Ullrich & A. Strobel, 'Same or different? Clarifying the relationship of need for cognition to personality and intelligence', *Personality and Social Psychology Bulletin*, 36, 2010, p. 82-96.

Fraidin 2004

S.N. Fraidin, 'When is one head better than two? Interdependent information in group decision making', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 93, 2004, p. 102-113.

Fry e.a. 1983

W.R. Fry, I.J. Firestone & D.L. Williams, 'Negotiation process and outcome of stranger dyads and dating couples: Do lovers lose?', *Basic and Applied Social Psychology*, 4, 1983, p. 1-16.

Garoupa & Ginsburg 2009

N. Garoupa & T. Ginsburg, 'Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence' *American Journal of Comparative Law*, 57, 2009, p. 103-134.

De Grada e.a. 1999

E. de Grada, A.W. Kruglanski, L. Mannetti & A. Pierro, 'Motivated cognition and group interaction: Need for closure affects the contents and processes of collective negotiations', *Journal of Experimental Social Psychology*, 35, 1999, p. 346-365.

Graziano e.a. 1997

W.G. Graziano, L.A. Jensen-Campbell & E.C. Hair, 'Perceiving interpersonal conflict and reacting to it: The case for agreeableness', *Journal of Personality and Social Psychology*, 70, 1997, p. 820-835.

Gruenfeld e.a. 1996

H. Gruenfeld, E.A. Mannix, K.Y. Williams & M.A. Neale, 'Group composition and decision making: How member familiarity and information distribution affect process and performance', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 67, 1996, p. 1-15.

Gruenfeld e.a. 1998

D.H. Gruenfeld, M.C. Thomas-Hunt & P.H. Kim, 'Cognitive flexibility, communication strategy, and integrative complexity in groups: Public versus private reactions to majority and minority status', *Journal of Experimental Social Psychology*, 34, 1998, p. 202-226.

Guthrie e.a. 2001

C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Inside the judicial mind', *Cornell Law Review*, 93, 2001, p. 1-43.

Hartendorp 2007

R.C. Hartendorp, 'Dialogen tussen rechters', in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier (red.), *Alles afwegende*, Amsterdam: Ars Aequi Libri 2007, p. 77.

Hartwick e.a. 1982

J. Hartwick, B.H. Sheppard & J.H. Davis, 'Group remembering: Research and implications', in: R. Guzzo (ed.), *Improving group decision-making in organizations: Approaches from theory and research*, New York: Academic Press 1982, p. 41-72.

Hastie e.a. 1986

R. Hastie, S.D. Penrod & N. Pennington, *Inside the jury*, Cambridge: Harvard University Press 1986.

Hertel e.a. 2000

G. Hertel, N.L. Kerr & L.A. Messé, 'Motivation gains in performance groups: Paradigmatic and theoretical developments on the Kohler effect', *Journal of Personality and Social Psychology*, 79, 2000, p. 580-601.

Van Heukelom 1859

W. van Heukelom, *De alléén-regtsprekende regter*, Amsterdam: Johannes Müller 1859.

Hinsz e.a. 1997

V.B. Hinsz, R.S. Tindale & D.A. Vollrath, 'The emerging conceptualization of groups as information processes', *Psychological Bulletin*, 121, 1997, p. 43-64.

Hofstee e.a. 1992

K.B. Hofstee, B. de Raad & L.R. Goldberg, 'Integration of the Big Five and circumplex approaches to trait structure', *Journal of Personality and Social Psychology*, 63, 1992, p. 146-163.

Janis & Mann 1977

I.L. Janis & L. Mann, *Decision making: A psychological analysis of conflict, choice and commitment*, New York: Free Press 1977.

Janis 1982

I. Janis, *Groupthink*, 2nd edition, Boston: Houghton-Mifflin 1982.

Kaplan & Miller 1987

M.F. Kaplan & C.E. Miller, 'Group decision making and normative versus informational influence: Effects of type of issue and assigned decision rule', *Journal of Personality and Social Psychology*, 53, 1987, p. 306-313.

Kelly & Karau 1999

J.R. Kelly & S.J. Karau, 'Group decision making: The effects of initial preferences and time pressure', *Personality and Social Psychology Bulletin*, 25, 1999, p. 1342-1354.

Kerr e.a. 1976

N.L. Kerr, R.S. Atkin, G. Stasser, D. Meek, R.W. Holt & J.H. Davis, 'Guilt beyond a reasonable doubt: Effects of concept definition and assigned decision rule on the judgments of mock jurors', *Journal of Personality and Social Psychology*, 34, 1976, p. 282-294.

Kerr e.a. 1996

N.L. Kerr, R.J. MacCoun & G.P. Kramer, 'When are N heads better (or worse) than one? Biased judgment in individuals and groups', in: J.H. Davis & E.H. Witte (eds.), *Understanding group behavior: Consensual action by small groups*, Vol. 1, 1996, p. 105-136.

Kerr & Tindale 2003

N.L. Kerr & R.S. Tindale, 'Group performance and decision making', *Annual Review of Psychology*, 55, 2003, p. 2201-2232.

Van Knippenberg e.a. 2004

D. van Knippenberg, C.K.W. De Dreu & A.C. Homan, 'Work group diversity and group performance: An integrative model and research agenda', *Journal of Applied Psychology*, 89, 2004, p. 1008-1022.

Kruglanski & Freund 1983

A.W. Kruglanski & T. Freund, 'The freezing and unfreezing of lay inferences: Effects of impression primacy, ethnic stereotyping, and numerical anchoring', *Journal of Experimental Social Psychology*, 19, 1983, p. 448-468.

Kruglanski & Webster 1996

A.W. Kruglanski & D.M. Webster, 'Motivated closing of the mind: "Seizing" and "freezing"', *Psychological Review*, 103, 1996, p. 263-283.

Kruglanski e.a. 2006

A.W. Kruglanski, A. Pierro, L. Mannetti & E. de Grada, 'Groups as epistemic providers: Need for closure and the unfolding of group centrism', *Psychological Review*, 113, 2006, p. 84-100.

Latane e.a. 1979

B. Latane, K.D. Williams & S.G. Harkins, 'Many hands make light the work: The causes and consequences of social loafing', *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 37, 1979, p. 823-832.

Laughlin & Ellis 1986

P.R. Laughlin & A.L. Ellis, 'Demonstrability and social combination processes on mathematical intellectual tasks', *Journal of Experimental Social Psychology*, 22, 1986, p. 173-189.

Laughlin e.a. 2006

P.R. Laughlin, E.C. Hatch, J.S. Silver & L. Boh, 'Groups perform better than the best individuals on letters-to-numbers problems: Effects of group size', *Journal of Personality and Social Psychology*, 90, 2006, p. 644-651.

Lerner & Tetlock 1999

J.S. Lerner & P.E. Tetlock, 'Accounting for the effects of accountability', *Psychological Bulletin*, 125, 1999, p. 255-275.

McClintock 1977

C. McClintock, 'Social motives in settings of outcome interdependence', in: D. Druckman (ed.), *Negotiations: Social psychological perspective*, 1977, p. 49-77.

Mojzisch & Schulz-Hardt 2010

A. Mojzisch & S. Schulz-Hardt, 'Knowing others' preferences degrades the quality of group decisions', *Journal of Personality and Social Psychology*, 98, 2010, p. 794-808.

Neuberg & Newsom 1993

S.L. Neuberg & J. Newsom, 'Personal need for structure: Individual differences in the desire for simple structure', *Journal of Personality and Social Psychology*, 65, 1993, p. 113-131.

Nevicka e.a. 2011

B. Nevicka, F.S. ten Velden, A.H.B. de Hoogh & A.E.M. Van Vianen, 'Reality at odds with perceptions: Narcissistic leaders and group performance', *Psychological Science*, 22, 2011, p. 1259-1264

Nijstad e.a. 2003

B.A. Nijstad, W. Stroebe & H.F.M. Lodewijkx, 'Production blocking and idea generation: Does blocking interfere with cognitive processes?', *Journal of Experimental Social Psychology*, 39, 2003, p. 531-548.

Nijstad 2009

B.A. Nijstad, *Group performance*, 2nd edition, New York: Psychology Press 2009.

Petty & Cacioppo 1986

R.E. Petty & J.T. Cacioppo, 'The elaboration likelihood model of persuasion', in: L. Berkowitz (ed.), *Advances in experimental social psychology*, Vol. 19, 1986, p. 123-205.

Postmes e.a. 2001

T. Postmes, R. Spears & S. Cihangir, 'Quality of decision making and group norms', *Journal of Personality and Social Psychology*, 80, 2001, p. 918-930.

Scholten e.a. 2007

L. Scholten, D. van Knippenberg, B.A. Nijstad & C.K.W. De Dreu, 'Motivated information processing and group decision making: Effects of process accountability on information processing and decision quality', *Journal of Experimental Social Psychology*, 33, 2007, p. 539-552.

Schulz-Hardt e.a. 2000

S. Schulz-Hardt, D. Frey, C. Luthgens & S. Moscovici, 'Biased information search in group decision making', *Journal of Personality and Social Psychology*, 78, 2000, p. 655-669.

Schulz-Hardt e.a. 2002

S. Schulz-Hardt, M. Jochims & D. Frey, 'Productive conflict in group decision making: Genuine and contrived dissent as strategies to counteract biased information seeking', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 88, 2002, p. 563-586.

Schulz-Hardt e.a. 2006

S. Schulz-Hardt, F.C. Brodbeck, A. Mojzisch, R. Kerschreiter & D. Frey, 'Group decision making in hidden profile situations: Dissent as a facilitator for decision quality', *Journal of Personality and Social Psychology*, 91, 2006, p. 1080-1093.

Shestowsky e.a. 1998

D. Shestowsky, D.T. Wegener & L.R. Fabrigar, 'Need for cognition and interpersonal influence: Individual differences in impact on dyadic decisions', *Journal of Personality and Social Psychology*, 74, 1998, p. 1317-1328.

Shestowsky & Horowitz 2004

D. Shestowsky & L.M. Horowitz, 'How the Need for Cognition scale predicts behavior in mock jury deliberations', *Law and Human Behavior*, 28, 2004, p. 305-337.

Stasser & Titus 1985

G. Stasser & W. Titus, 'Pooling of unshared information in group decision making: Biased information sampling during discussion', *Journal of Personality and Social Psychology*, 48, 1985, p. 1467-1478.

Stasser & Titus 1987

G. Stasser & W. Titus, 'Effects of information load and percentage of shared information on the dissemination of unshared information during group discussion', *Journal of Personality and Social Psychology*, 53, 1987, p. 81-93.

Stasser & Birchmeier 2003

G. Stasser & Z. Birchmeier, 'Group creativity and collective choice', in: P.B. Paulus & B.A. Nijstad (eds.), *Group creativity: Innovation through collaboration*, Oxford: OUP 2003, p. 85-109.

Steiner 1972

I. Steiner, *Group process and productivity*, New York: Academic Press 1972.

Stroebe e.a. 1992

W. Stroebe, M. Diehl & G. Abakoumkin, 'The illusion of group effectivity', *Personality and Social Psychology Bulletin*, 18, 1992, p. 643-650.

Sunstein 2005

C.R. Sunstein, 'Group judgments: Deliberation, statistical means, and information markets', *New York University Law Review*, 80, 2005, p. 962-1049.

Thompson e.a. 2001

M.M. Thompson, M.E. Naccarato, K.C.E. Parker & G.B. Moskowitz, 'The personal need for structure and personal fear of invalidity measures: Historical perspectives, current applications, and future directions', in: G.B. Moskowitz (ed.), *Cognitive social psychology: The Princeton symposium on the legacy and future of social cognition*, Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2001, p. 19-39.

Tindale & Larson 1992

R.S. Tindale & J.R. Larson, 'Assembly bonus effect or typical group performance? A comment of Michaelsen, Watson, and Black', *Journal of Applied Psychology*, 77, 1992, p. 102-105.

Tversky & Kahneman 1974

A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases', *Science*, 185, 1974, p. 1124-1131.

Ten Velden & De Dreu 2011

F.S. ten Velden & C.K.W. De Dreu, 'Sociaalpsychologische determinanten van rechterlijke besluitvorming', *Research Memoranda*, 1, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2011.

Weber e.a. 2004

J.M. Weber, S. Kopelman & D.M. Messick, 'A conceptual review of decision making in social dilemmas', *Personality and Social Psychology Review*, 8, 2004, p. 281-307.

Wittenbaum 1998

G.M. Wittenbaum, 'Information sampling in decision-making groups: The impact of members' task-relevant status', *Small Group Research*, 29, 1998, p. 57-84.

Wittenbaum e.a. 1999

G.M. Wittenbaum, A.P. Hubbell & C. Zuckerman, 'Mutual enhancement: Toward an understanding of the collective preference for shared information', *Journal of Personality and Social Psychology*, 77, 1999, p. 967-978.

Wright 1974

P. Wright, 'The Harassed Decision Maker: Time Pressures, Distractions and the Use of Evidence', *Journal of Applied Psychology*, 59, 1974, p. 555-561.

Yukl 2006

G. Yukl, *Leadership in organizations*, 6th edition, Upper Saddle River: Prentice-Hall 2006.

37 GEDRAG VAN ADVOCATEN

L. Visscher

SAMENVATTING

Advocaten moeten zich alleen door het belang van de cliënt en niet door enig eigen belang laten leiden, aldus Gedragsregel 5 van de Nederlandse Orde van Advocaten. In de theoretische rechtseconomische literatuur wordt de verhouding tussen advocaat en cliënt geschetst als een principal-agentverhouding, waarbij de belangen van beide actoren niet samenvallen. Dit kan ertoe leiden dat advocaten zich niet altijd gedragen op een manier die voor de cliënt het beste is. Vooral de beloningsstructuur van advocaten is hierbij voorwerp van onderzoek geweest. Op basis van de rationele-keuzetheorie zijn voorspellingen over het gedrag van advocaten gedaan. In empirische literatuur zijn deze voorspellingen vervolgens getoetst. Zelfs als advocaten niet hun eigen belang, maar louter het belang van de cliënt willen dienen (hetgeen in het rechtseconomische onderzoek wordt betwijfeld), dan is het nog de vraag of advocaten dat wel goed kunnen. Voor zover ze bijvoorbeeld fouten maken bij het inschatten van de kans op winst of verlies, zouden ze hun cliënt verkeerd advies kunnen geven. In de gedragseconomische en psychologische literatuur is veel onderzoek gedaan naar de vraag of advocaten systematische fouten maken bij het inschatten van fouten, of ze in staat zijn zulke fouten van hun cliënten te corrigeren en of ze zich wel goed kunnen inleven in wat de cliënt eigenlijk wil.

Dit hoofdstuk bespreekt inzichten uit de rechtseconomische, empirische, gedragseconomische en psychologische literatuur betreffende gedrag van advocaten. De conclusie is dat Gedragsregel 5 enigszins naïef is in de veronderstelling dat advocaten zich louter door het belang van de cliënt en niet door enig eigen belang (kunnen) laten leiden.

1 INLEIDING

De Gedragsregels van de Nederlandse Orde van Advocaten ‘brengen normen onder woorden, die naar de heersende opvatting in de kring der advocaten behoren te worden inachtgenomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat’.¹ Uit deze Gedragsregels blijkt dat wat advocaten principiële partijdigheid noemen, een belangrijk uitgangspunt is,

¹ Gedragsregels 1992 NOvA, Inleiding.

dus dat de advocaat het standpunt van de door hem² vertegenwoordigde partij behartigt. Hij moet zich alleen door dat belang van de cliënt laten leiden en niet door enig eigen belang. Deze Gedragsregel vormt de rode draad in dit hoofdstuk.³

Het enkele feit dat in de Gedragsregels van de NOvA staat dat een advocaat zich alleen door het belang van zijn cliënt moet laten leiden, brengt natuurlijk nog niet met zich mee dat alle advocaten dat ook daadwerkelijk altijd zullen doen, noch dat ze zich aan de overige Gedragsregels houden. Eigen belangen of andere belangen zouden het gedrag van de advocaten, bewust of onbewust, kunnen beïnvloeden. Het is daarom goed om in een boek als het onderhavige stil te staan bij onderzoek naar het gedrag van advocaten en naar de invloed van (rechts)regels op dat gedrag.

In de rechtseconomische literatuur wordt menselijk gedrag onderzocht als zijnde een reactie op verschillende gedragsprikkels waaraan de actoren blootstaan. Aangezien ook rechtsregels invloed hebben op die gedragsprikkels, is het belangrijk om op basis van theoretisch onderzoek te voorspellen in welk gedrag bepaalde rechtsregels zullen resulteren. Immers, op die manier kan een oordeel worden gevormd over de (on)wenselijkheid van bepaalde concrete gedragsvoorschriften, of deze nu zijn neergelegd in formele wetgeving, verordeningen of (niet bindende) gedragsregels. In paragraaf 2 besteed ik aandacht aan rechtseconomische inzichten betreffende (zelf)regulering van de advocatuur. In deze paragraaf staat dus nog niet het gedrag van advocaten centraal, maar veeleer het gedrag van 'de advocatuur'. De economische problemen die nopen tot (zelf)regulering zijn namelijk ook in de verdere analyse van het gedrag van advocaten van belang. Het is daarom instructief om eerst vast te stellen wat die problemen zijn en waarom (zelf)regulering nodig kan zijn om deze problemen het hoofd te bieden.

In paragraaf 3 zal ik ingaan op rechtseconomisch onderzoek dat vooral draait om het probleem dat de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt kan worden geclassificeerd als een *principal-agent* verhouding. Aangezien de agent (de advocaat) een informatievoorsprong heeft ten opzichte van de principaal (de cliënt), zowel voor wat betreft de juridische inhoud van de zaak als ook voor wat betreft de aard en de omvang van de werkzaamheden die de advocaat verricht, bestaat het risico dat de advocaat misbruik maakt van deze informatie-asymmetrie. Het meest onderzochte onderwerp hierbij betreft de beloning van de advocaat. Ik zal zowel aandacht besteden aan theoretisch onderzoek, als aan empirische toetsingen van de hypothesen vanuit het theoretisch onderzoek.

Paragraaf 4 besteedt aandacht aan een geheel andere lijn van onderzoek betreffende het gedrag van advocaten, te weten inzichten vanuit de psychologie en de gedragseconomie (*behavioural economics*). In dit onderzoek wordt aandacht besteed aan verschillende

2 Ik gebruik de woorden 'hij' en 'hem', omdat advocaat een mannelijk woord is. Ondanks het feit dat ruim 42% van de advocaten vrouw is (NOvA Online Jaarverslag 2011) heb ik er omwille van de leesbaarheid voor gekozen om niets steeds 'hij/zij' en 'hem/haar' te schrijven.

3 Gedragsregel 5. Zie ook de *Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking*.

soorten vuistregels die mensen gebruiken (*heuristics*) en fouten die mensen maken (*biases*) bij het handelen onder onzekerheid, zoals het systematisch onder- of overschatten van de kansen dat bepaalde gebeurtenissen zich voordoen, de neiging van mensen om hun eigen kunnen te overschatten en de neiging te veel aandacht te besteden aan gebeurtenissen die binnenkort zullen plaatsvinden en te weinig aan gebeurtenissen die verder in de toekomst liggen. In theorie kan het inschakelen van deskundigen, zoals advocaten, mensen helpen bij het vermijden van zulke valkuilen, maar als die deskundigen dezelfde fouten maken, dan is het de vraag of ze wel zo'n grote toegevoegde waarde hebben. Als advocaten bijvoorbeeld de kans op het winnen van een zaak overschatten en hun eigen invloed daarop eveneens te hoog inschatten, dan zouden ze kunnen besluiten te gaan procederen omdat ze een schikkingsbod te laag vinden, gegeven hun (te rooskleurige) inschatting van de zaak. Het is dan de vraag of de advocaat het belang van zijn cliënt wel goed dient en of hij de cliënt goed kan adviseren inzake het al dan niet doen of accepteren van een schikkingsbod.

In paragraaf 5 kom ik tot mijn conclusies.

2 (ZELF)REGULERING VAN DE ADVOCATUUR

2.1 *Een korte inleiding in het economisch denkkader*

Voor een goed begrip van de in deze en de volgende paragraaf besproken literatuur is het essentieel om een indruk te hebben van hoe economisch onderzoek menselijk (keuze)gedrag analyseert. Uitgangspunt van de economische analyse is de rationele-keuzetheorie. Deze theorie veronderstelt dat mensen rationeel handelen, wat inhoudt dat ze uit alle beschikbare gedragsalternatieven dat alternatief kiezen waarvan ze zelf denken dat het het beste voor ze is (in economische termen: mensen proberen hun verwachte nut te maximaliseren), gegeven hun verwachtingen. De verwachtingen zijn gebaseerd op de beschikbare informatie en men wordt verondersteld een optimale hoeveelheid informatie te verzamelen, dus niet te veel, maar ook niet te weinig. De rationele-keuzetheorie houdt, anders dan sommige karikaturale beschrijvingen suggereren, dus *niet* in dat mensen volledige informatie hebben, dat ze bovenmenselijke berekeningen maken alvorens te kiezen, dat ze nooit fouten maken, et cetera.

Het is belangrijk om te beseffen dat de rationele-keuzetheorie niet stelt dat mensen in de praktijk echt handelen zoals de theorie beschrijft. Er wordt daarentegen gebruikgemaakt van zogenoemde *alsof-redeneringen*: menselijk keuzegedrag wordt beschreven en geanalyseerd *alsof* mensen hun verwachte nut proberen te maximaliseren. Het feit dat mensen in werkelijkheid hun keuze op een andere manier maken, betekent niet dat de rationele-keuzetheorie een foute theorie is. Het is namelijk een deductieve benadering, die probeert

voorspellingen betreffende menselijk gedrag te doen. Of de theorie een goede theorie is, wordt daarom niet bepaald door het realiteitsgehalte van de aannames die eraan ten grondslag liggen, maar door de kwaliteit van de voorspellingen die op basis van de theorie worden gedaan.⁴

De rationele-keuzetheorie gaat ervan uit dat mensen op prikkels reageren. Die prikkels kunnen financieel en niet-financieel zijn. Rechtsregels creëren vaak ‘impliciete prijzen’ voor verschillende gedragsopties. Via bijvoorbeeld boetes en schadevergoeding kunnen ongewenste gedragingen duurder worden gemaakt, terwijl door subsidies gewenste gedragingen goedkoper worden gemaakt.⁵ Uitgaande van het idee dat een stijging in de prijs van bepaald gedrag de vraag naar dat gedrag doet dalen, kunnen rechtsregels dus worden gebruikt om menselijk gedrag te beïnvloeden.⁶

De rationele-keuzetheorie pretendeert niet alle reacties van alle mensen onder alle omstandigheden te kunnen voorspellen. Wel kan de theorie voorspellen hoe *sommige* mensen zullen reageren en dan met name de zogenoemde ‘marginale actoren’. Dit zijn degenen die bij hun keuze tussen twee alternatieven relatief indifferent zijn en voor wie een verandering in de (impliciete) prijzen de balans naar de ene of de andere kant kan doen doorslaan. De rationele-keuzetheorie maakt het dus mogelijk om algemene uitspraken te doen over de waarschijnlijke effecten van onder andere rechtsregels. Als bijvoorbeeld de boetes voor snelheidsovertredingen stijgen, dan voorspelt de rationele-keuzetheorie een afname van het aantal snelheidsovertredingen. Niet iedereen zal zijn gedrag veranderen, want sommige mensen hielden zich voor de verhoging ook al aan de snelheidslimiet en anderen zullen zich er na de verhoging nog steeds niet aan houden. Het gedrag van die twee groepen verandert dus niet. Maar de groep er tussenin, die de oude boete (net) te laag vond om het gedrag erop aan te passen, kan de nieuwe boete zo hoog vinden dat het aantrekkelijker wordt om zich aan de snelheidslimiet te houden. De reactie van de *totale groep* automobilisten kan dus worden voorspeld, ook al zal niet elke individuele automobilist zich op dezelfde manier gedragen.⁷ Ditzelfde geldt voor de economische analyse betreffende het gedrag van advocaten: niet alle advocaten zullen op dezelfde manier reageren op bijvoorbeeld een verandering in de beloningsstructuur. Zolang er echter ook hier ‘marginale actoren’ bestaan, kunnen wel voorspellingen worden gedaan over te verwachten gedragsveranderingen van ‘de advocatuur’ als geheel. Vanzelfsprekend zijn ook andere dan economische motieven van belang bij het gedrag van advocaten, zoals de wens anderen te helpen, de wens een ‘goede advocaat’ te zijn et cetera. Dit neemt echter niet weg dat eco-

4 Friedman 1953, p. 30 e.v.; Rubin 1985, p. 29-39; Kerkmeester 2000, p. 392; Posner 2003, p. 17 e.v. Zie echter Coase 1994, p. 16 e.v. die betoogt dat realistische veronderstellingen nodig zijn om te kunnen begrijpen waarom een systeem werkt zoals het werkt.

5 Zie bijv. Ulen 2000, p. 797.

6 Korobkin & Ulen 2000, p. 1054.

7 Veljanovski 2007 omschrijft dit treffend op p. 23: ‘Criminals at the margin will be deterred by higher penalties; not the psychopath or deranged serial killer.’

nomische factoren een rol kunnen spelen. In de woorden van Barendrecht en Weterings: ‘Dat het gedrag van vrijwel iedere advocaat wordt beïnvloed door economische motieven staat echter wel vast. De advocaat is tevens ondernemer en daarom zal geen enkele advocaat zich gedragen als zuivere altruïst ten opzichte van zijn cliënt.’⁸

2.2 *Waarom (zelf)regulering?*

Er bestaat een uitgebreide economische literatuur over de (zelf)regulering van de advocatuur.⁹ Hierin is onderscheid te maken tussen literatuur die de verklaring voor het bestaan van deze (zelf)regulering zoekt in *public interest* en literatuur die juist *private interest* als verklaring hanteert.

Public interest-verklaringen

De eerste stroom literatuur betoogt dat de markt voor juridische diensten¹⁰ geplaagd wordt door verschillende vormen van marktfalen.¹¹ Ten eerste bestaat er een informatie-asymmetrie tussen advocaten en cliënten. Niet-professionele cliënten zijn niet goed in staat om van tevoren de kwaliteit van verschillende advocaten in te schatten en ook achteraf zal zo’n cliënt vaak niet kunnen beoordelen of de advocaat zijn taak goed heeft vervuld. De cliënt is vaak afhankelijk van de informatie die hij van zijn advocaat krijgt betreffende de aard van het juridische probleem en de aanbevolen handelwijze. De advocaat kan misbruik maken van deze informatie-asymmetrie. Dit probleem komt in paragraaf 3 uitgebreider aan de orde. Met regulering kan geprobeerd worden dit probleem aan te pakken, bijvoorbeeld door kwaliteitseisen aan de advocaten te stellen en door de tarieven niet volkomen vrij te laten. Voor professionele cliënten, die vaker gebruikmaken van advocaten, zal er minder sprake zijn van asymmetrische informatie en zullen reputatieoverwegingen meer invloed hebben op de mate waarin de advocaat gebruik kan maken van een eventuele informatievoorsprong. De rol en het belang van regulering verschillen dus tussen beide groepen cliënten.

De tweede vorm van marktfalen betreft het veroorzaken van negatieve externe effecten, dus nadelige gevolgen voor andere partijen dan de advocaat of de cliënt.¹² Als een advocaat slecht werkt levert, kunnen ook anderen dan de cliënt gedupeerd worden. Ook hier kan

⁸ Barendrecht & Weterings 2000, p. 436.

⁹ Zie bijv. Love, Stephen & Rickman 2012 en de daar besproken literatuur.

¹⁰ In mijn bijdrage gaat het steeds om de advocatuur, maar de literatuur betreft ook andere juridische dienstverleners.

¹¹ Er is sprake van marktfalen als het ongereguleerd functioneren van de markt niet resulteert in maximale maatschappelijke welvaart. Dit kan komen door het bestaan van marktmacht, externe effecten, informatie-asymmetrie en collectieve goederen. Zie bijvoorbeeld Kanning & Kerkmeester 2008, p. 51.

¹² Van den Bergh 2008a, p. 4 en 5. Zie ook Van den Bergh 2008b.

regulering betreffende de kwaliteit van advocaten een oplossing bieden, omdat zo bijvoorbeeld bestreden kan worden dat ongediplomeerden zich als advocaat voordoen. Aangezien het moeilijk is voor de wetgever om precies vast te stellen hoe een advocaat zich moet gedragen, kan het beter zijn om de meer gedetailleerde uitwerking hiervan aan de beroepsgroep zelf over te laten, door zelfregulering. De Gedragsregels van de Nederlandse Orde van Advocaten zijn hier een goed voorbeeld van.

De derde vorm van marktfalen is het feit dat de advocatuur, naast de diensten aan de cliënten, zogenoemde ‘collectieve goederen’ produceert. Dit zijn goederen waarvan niet-betalers niet zijn uit te sluiten en waarvan het gebruik door de ene persoon niet ten koste gaat van de gebruiksmogelijkheden van andere personen. De dienst waarvoor de cliënt betaalt, is geen collectief goed, maar juist een ‘individueel goed’. De advocatuur draagt echter ook bij aan het functioneren van de rechtsstaat, aan het verduidelijken van rechtsregels, aan het handhaven van rechten, et cetera. Dit brengt baten met zich mee voor anderen dan de cliënten. De samenleving als geheel profiteert dus van het werk van de advocatuur, zonder dat de derden daarvoor betalen. Als de advocatuur geen vergoeding ontvangt voor deze positieve externe effecten, dan worden er minder van deze collectieve goederen geproduceerd dan wenselijk is. Via regulering kan voor bepaalde activiteiten worden *vereist* dat deze door een advocaat worden uitgeoefend, om zo *free rider*-gedrag van het publiek te vermijden (denk bijvoorbeeld aan verplichte procesvertegenwoordiging).

Behalve deze drie vormen van marktfalen noemt Van den Bergh als redenen voor regulering van de advocatuur het garanderen van toegang tot juridische dienstverlening, ook voor lagere inkomens (via maximumprijzen) en het op basis van paternalistische overwegingen verplicht stellen van juridische vertegenwoordiging (zodat leken geen fouten maken bij het aangaan van belangrijke transacties).¹³

Private interest-verklaringen

De hiervoor besproken *public interest*-verklaringen voor (zelf)regulering van de advocatuur zoeken de bestaansgrond van deze regulering in het bestrijden van de negatieve gevolgen van marktfalen. In die visie draagt de regulering bij aan het verhogen van de maatschappelijke welvaart. De *private interest*-verklaringen daarentegen geven aanleiding om te vrezen dat regulering, en dan met name zelfregulering, juist welvaartsverlagend werkt. In deze visie is de regulering vooral bedoeld om concurrentie tegen te gaan en winsten te verhogen. Door toegang tot de markt voor juridische dienstverlening te beperken en door de prijzen op een boven-concurrentieel niveau vast te stellen, kan de advocatuur bepaalde voordelen behalen, zonder dat daar maatschappelijke baten tegenover staan. Zulke voordelen staan bekend als ‘*rents*’ en gedrag dat zulke voordelen kan opleveren, heet ‘*rent-seeking*’.¹⁴

¹³ Van den Bergh 2008a, p. 6.

¹⁴ Van den Bergh 2008a, p. 6; Love, Stephen & Rickman 2012, p. 648.

Voor zover de advocatuur als belangengroep regulering kan beïnvloeden, bestaat het gevaar dat de resulterende regulering niet de in paragraaf 2.2.1 besproken problemen van marktfalen bestrijdt, maar eerst en vooral de private belangen van de beroepsgroep bevordert. Dit gevaar is vooral aanwezig als de wetgever voor het uitvaardigen van de wetgeving mede afhankelijk is van informatie die door de te reguleren subjecten wordt verstrekt, omdat zij dan juist die informatie zouden kunnen verstrekken die in hun voordeel werkt.¹⁵

Door bijvoorbeeld te vereisen dat advocaten gediplomeerd zijn, kan de advocatuur (vanwege het lagere aanbod van dienstverleners in vergelijking met de situatie zonder diploma-eis) een hogere prijs voor de dienstverlening vragen.¹⁶ Dit leidt tot een verschuiving van welvaart van cliënten naar advocaten, omdat de dienst duurder is geworden. Dit hoeft vanuit economisch oogpunt geen probleem te zijn, omdat de beoordelingsmaatstaf de *omvang* van de maatschappelijke welvaart is, en niet *zozeer* de *verdeling* ervan. De gestegen prijs leidt echter ook tot een welvaartsverlies, want potentiële cliënten die bij de prijs die op een vrije markt tot stand kwam nog wel een advocaat hadden willen inhuren, willen dat misschien bij deze hogere prijs niet meer. Zowel advocaten als potentiële cliënten behalen op deze weggevalen transacties dus geen ruilvoordeel meer en dat verlaagt de welvaart.¹⁷ Of de diploma-eis ertoe leidt dat potentiële cliënten uiteindelijk gemiddeld genomen van een hogere kwaliteit dienstverlening kunnen genieten, is niet zeker. Weliswaar kan het zo zijn dat de cliënten die daadwerkelijk een advocaat inhuren een hogere gemiddelde kwaliteit ontvangen (althoewel de relatie tussen scholingsniveau en kwaliteit niet een-op-een is), maar als door de prijsstijging sommige potentiële cliënten nu afzien van het inschakelen van een advocaat, dan kan het gemis aan juridisch advies hun situatie juist verslechteren. Het totaaleffect is theoretisch niet te voorspellen.¹⁸

Het eerder besproken probleem van informatie-asymmetrie houdt in dat advocaten meer en betere informatie hebben over de kwaliteit van hun diensten dan de cliënten. Ook zal de advocatuur, beter dan bijvoorbeeld de wetgever, in staat zijn om die kwaliteit te beoordelen en om regels op te stellen die de kwaliteit kunnen bewaken. Dit maakt zelfregulering aantrekkelijk, omdat zo de best geïnformeerde partij bepaalt hoe het te reguleren probleem het beste kan worden aangepakt. Ook kan zelfregulering flexibeler zijn dan overheidswetgeving en de kosten worden door de gereguleerden zelf gedragen. Wel bestaat het gevaar dat een beroepsgroep met zelfregulering probeert te voorkomen dat overheidsregulering wordt uitgevaardigd die strengere eisen stelt.¹⁹ En zelfregulering kent het pro-

15 Dit verschijnsel heet '*regulatory capture*', zie Levine 1998. Zie ook Van den Bergh 2008a, p. 6.

16 Zie bijv. Curran 1998, p. 249 en Ribstein 1998, p. 1742 e.v.

17 Zie voor een duidelijke uitleg Curran 1998, p. 249.

18 Empirisch onderzoek in andere beroepsgroepen, zoals elektriciens, tandartsen, dierenartsen e.d. laat een uiteindelijke daling in de gemiddelde totale kwaliteit zien. Curran 1998, p. 250.

19 Zie bijv. Zacharias 2009, p. 1152.

bleem van *rent-seeking*, wellicht nog sterker dan overheidsregulering. Het is voor dienstverleners, en dus ook voor advocaten, aantrekkelijk als de toegang tot het beroep en de concurrentie tussen de leden van de beroepsgroep kunnen worden beperkt. Beide soorten beperkingen zijn of waren aanwezig bij de advocatuur: de toegang tot de advocatuur is voorbehouden aan mensen met een universitaire juridische opleiding die tevens hun advocatenopleiding hebben afgerond en de concurrentie wordt onder andere beperkt door het reguleren van de tarieven.²⁰

2.3 Conclusie

De economische theorie geeft uiteenlopende verklaringen voor het ontstaan van (zelf)regulering. Als de (zelf)regulering problemen van marktfalen bestrijdt, kan het bijdragen aan de maatschappelijke welvaart. Als de (zelf)regulering echter vooral private belangen van de advocatuur behartigt, dan is het gevaar groot dat de regels ten koste van de maatschappelijke welvaart gaan, bijvoorbeeld door concurrentiebeperkingen. Van den Bergh geeft aan dat de advocatuur alle kenmerken van een invloedrijke belangengroep heeft en dat het bestaan van *public interest*-argumenten voor regulering het moeilijk maakt om eventueel *rent-seeking* te ontdekken. Private belangen kunnen dus onder de dekking van *public interest*-argumenten behartigd worden.²¹

Voor het onderhavige hoofdstuk, waar de nadruk ligt op het gedrag van advocaten (en niet van de advocatuur), is niet zozeer van belang welke van de twee stromingen 'gelijk heeft'. Wat wel belangrijk is, is dat de betreffende literatuur een aantal onderwerpen heeft aangesneden die voor een economische analyse van het gedrag van advocaten van groot belang zijn. In paragraaf 3 zal ik ingaan op het probleem van informatie-asymmetrie en op de invloed van de beloningsstructuur op het gedrag van advocaten.

20 Curran 1998, p. 252 bespreekt empirisch onderzoek dat suggereert dat het verbod op adverteren, dat in Nederland aan het eind van de vorige eeuw is opgeheven, in de VS tot een lagere kwaliteit van juridische dienstverlening heeft geleid, zodat dit verbod niet valt te verdedigen met het argument dat adverteren juist ten koste zou gaan van de kwaliteit.

21 Van den Bergh 2008a, p. 7. Zie ook Fisher 2004, p. 1105 e.v.

3 (RECHTS)ECONOMISCH EN EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR HET GEDRAG VAN ADVOCATEN²²

3.1 *Principal-agentrelaties*

Er is in de rechtseconomie veel geschreven over de *principal-agent*relatie die bestaat tussen de cliënt en de advocaat. In de *agency*-theorie wordt er bij de analyse van zulke relaties van uitgegaan dat de principaal en de agent verschillende doelen kunnen hebben en dat de principaal het gedrag van de agent niet volledig kan waarnemen, zodat hij niet kan beoordelen of de agent zich heeft gedragen zoals de principaal wil. Dit kan leiden tot moreel risico (de agent spant zich niet voldoende in) en tot averechtse selectie (de agent doet zich anders voor dan hij is). Via het contract dat beide partijen met elkaar sluiten, kan geprobeerd worden de belangen van beide partijen beter met elkaar in overeenstemming te brengen.²³ Als er een duidelijke relatie zou bestaan tussen het gedrag van de agent en het resultaat, dan zou de principaal die de gedragingen van de agent niet kan waarnemen uit het resultaat kunnen afleiden of de agent zich voldoende heeft ingespannen. De relatie tussen inspanningen en resultaat is echter meestal niet een-op-een. En zelfs als de inspanningen voor de principaal wel waarneembaar zijn, dan kan de situatie zich voordoen dat de principaal niet goed kan beoordelen of die inspanningen voldoende zijn voor de betreffende situatie.²⁴

Het probleem in de relatie tussen advocaat en cliënt is dat de belangen van beiden niet aan elkaar gelijk zijn en dat dit ertoe kan leiden dat de advocaat zich niet altijd gedraagt op de manier die voor de cliënt het beste is. De oorzaak van dit probleem ligt in de informatieachterstand van de cliënt en het gegeven dat volledige controle op het gedrag van de advocaat niet mogelijk is. De cliënt kent het recht niet zo goed als de advocaat en is daardoor voor het antwoord op de vraag óf er juridische hulp nodig is, en zo ja, welke hulp en hoeveel, mede afhankelijk van het antwoord dat de advocaat, dus degene die de juridische bijstand verleent, op deze vraag geeft. Dit biedt mogelijkheden voor misbruik van deze informatie-asymmetrie, bijvoorbeeld door meer rechtsbijstand te bieden dan eigenlijk nodig is.²⁵

22 Gezien het thema van dit boek bespreek ik geen onderzoek dat specifiek over strafrechtadvocaten gaat. Zie daarvoor bijvoorbeeld Tata 2007 en de daar in voetnoot 2 aangehaalde literatuur.

23 Eisenhardt 1989, p. 61.

24 Stiglitz 2008.

25 Zie over de *principal-agent*relatie tussen advocaat en cliënt Hay 1996, p. 504 e.v.; Hay 1997, p. 44 e.v.; DeMott 1998. Sacconi 2011 betoogt juist dat het *principal-agent*model niet goed geschikt is om de relatie tussen advocaat en cliënt te beschrijven, omdat er sprake is van *bounded rationality* en incomplete contracten.

3.2 *Invloed van de beloningsstructuur – de theorie*

Als de cliënt volledige informatie zou hebben over het recht en over de waarde van de werkzaamheden van de advocaat, dan zou er geen probleem zijn. De cliënt zou dan namelijk de advocaat kunnen inhuren op basis van een uurtarief en precies aan de advocaat zeggen welke werkzaamheden hij wel en niet moet verrichten.²⁶ In economische termen uitgedrukt zou de cliënt de advocaat instrueren extra tijd in de zaak te blijven steken zolang de hierdoor veroorzaakte stijging in de verwachte opbrengst (als gevolg van een grotere winstkans en/of een gunstiger uitspraak) groter is dan de extra kosten, dus zolang de *marginale opbrengsten* hoger zijn dan de *marginale kosten*. In realiteit beschikt de cliënt natuurlijk niet over deze informatie en deze informatie-asymmetrie kan het gedrag van de advocaat beïnvloeden.

Voornamelijk de invloed van de beloningsstructuur op het gedrag van de advocaat is hierbij voorwerp van onderzoek geweest.²⁷ Als de advocaat op basis van een uurtarief wordt betaald, waarbij de beloning niet afhangt van de uitkomst van de zaak, dan bestaat het gevaar dat de advocaat meer tijd in de zaak steekt dan een geïnformeerde cliënt zou willen. De advocaat zou bijvoorbeeld kunnen aanbevelen om te gaan procederen, terwijl de verwachte opbrengsten van de rechtszaak lager zijn dan de kosten van rechtsbijstand.²⁸ Ook zou de advocaat een schikking af kunnen raden (om zo meer tijd aan de zaak te kunnen besteden), terwijl die schikking voor de cliënt wel voordeliger was geweest (vanwege de lagere kosten). Het probleem is hier dus dat de advocaat wordt beloond op basis van hoeveel uren hij aan de zaak besteedt, ongeacht of die uren voor de cliënt meer baten dan kosten met zich meebrengen.

Vanwege het uiteenlopen van de belangen van advocaat en cliënt bij het werken op uurbasis, is in de rechtseconomische literatuur betoogd dat *contingency fees*, waar de advocaat een percentage van de opbrengst van de zaak krijgt, betere gedragsprikkel aan de advocaat geven. Immers, de advocaat verdient niks als hij de zaak niet wint en zal dus geprikkeld worden om beter advies te geven aan zijn cliënt voor wat betreft de vraag of hij een zaak moet beginnen. Het al dan niet aannemen van een zaak onder *contingency fees* geeft dus een signaal aan de cliënt dat bij het uurtarief ontbreekt. Ook is het voor een advocaat niet langer aantrekkelijk om meer tijd in de zaak te steken dan nodig is. Het is echter geen perfecte oplossing. Ten eerste kunnen advocaten hun informatievoorsprong gebruiken om *contingency fees* aan te bevelen waar een uurtarief beter was geweest voor

²⁶ Polinsky & Rubinfeld 2003, p. 166.

²⁷ Zie Baker & Silver 2011 voor enkele gedachten over hoe onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen handelen uit eigenbelang dat strijdig is met het beginsel dat een advocaat het belang van zijn cliënt moet dienen enerzijds en handelen dat gerechtvaardigd voortvloeit uit het contractuele recht van de advocaat op beloning voor zijn diensten anderzijds.

²⁸ Zie bijv. Johnson 1980, p. 576 e.v.; Danzon 1983, p. 215; Dana & Spier 1993, p. 352.

de cliënt, of *vice versa*.²⁹ Ook kan de advocaat een te hoog percentage vergoeding bedingen.³⁰ En de advocaat zou nu wel eens *te weinig* tijd aan de zaak kunnen besteden.³¹ Hij maakt immers een afweging tussen de volledige kosten van extra werk enerzijds, en *een percentage van* de extra verwachte opbrengsten als gevolg van dat extra werk anderzijds. Zoals hiervoor al is vermeld, is de juiste afweging die tussen de volledige marginale kosten en de volledige marginale baten. Omdat de advocaat wel de volledige kosten van extra inspanningen draagt, maar niet de volledige baten ervan ontvangt, krijgt hij een prikkel om te weinig aan de zaak te werken (of zelfs om een zaak niet aan te nemen die voor de cliënt wel de moeite waard was geweest). Ook zou de advocaat te snel kunnen willen schikken, omdat hij dan zonder de extra kosten van procederen toch een percentage van het schikkingsresultaat krijgt.³² Anderzijds kan de verwachting dat de advocaat van de eiser vanwege de *contingency fees* te weinig tijd in de zaak zal steken ertoe leiden dat de wederpartij liever gaat procederen dan schikken, dus het is nog maar de vraag of er uiteindelijk meer geschikt zal worden. Ook kunnen *contingency fees* een advocaat juist prikkelen om een laag schikkingsbod te weigeren, om op deze manier later in de onderhandelingen een hoger bod (waar hij een percentage van krijgt) wel te accepteren. Dit initiële weigeren kan, juist bij *contingency fees*, door de wederpartij worden gezien als een signaal dat de echte schade van de eiser een hoger schikkingsbod rechtvaardigt, omdat de advocaat het bod anders wel geaccepteerd had. Rickman noemt dit verschijnsel '*hard bargaining*'.³³

Naast de genoemde gedragseffecten kunnen *contingency fees* ervoor zorgen dat een advocaat relatief zwakke zaken minder snel zal aannemen, omdat de kans dat hij zijn kosten kan terugverdienen, relatief klein is. De advocaat zal als het ware een soort poortwachtersfunctie gaan vervullen en vooral zaken met een hogere winstkans aannemen.³⁴

Volgens de literatuur zijn *contingency fees* dus beter dan uurtarieven in staat om *agency*-problemen tussen advocaat en cliënt aan te pakken, zij het niet perfect. Garoupa en Gomez-Pomar besteden aandacht aan een andere *principal-agent*verhouding: die tussen

29 Kritzer 1998, p. 305.

30 Halpern & Turnbull 1983, p. 14. Experimenteel onderzoek suggereert trouwens dat hoge *contingency fee* percentages door cliënten als onrechtvaardig kunnen worden gezien, zelfs als deze resulteren in een laag effectief uurtarief omdat de advocaat veel uren in de zaak heeft moeten steken. Omgekeerd kunnen lage percentages wel als rechtvaardig worden gezien, zelfs als zij tot een hoog effectief uurtarief leiden. Zie Zamir & Ritov 2011, p. 22, 23.

31 Zie bijv. Johnson 1980, p. 589 e.v.; Emons 2000, p. 23, 27.

32 Zie bijv. Gravelle & Waterson 1993, p. 1215. Het mooie aan de modelmatige benadering van deze auteurs is dat ze de mate waarin de advocaat zijn eigen belangen dan wel de belangen van zijn cliënt dient, kunnen laten variëren van volledig eigenbelang naar volledig cliëntenbelang en alles daar tussenin. Als een advocaat meer waarde toekent aan de belangen van zijn cliënt dan aan zijn eigen belang (hij is in de termen van de auteurs dan 'relatief altruïstisch'), dan treedt het effect dat er te snel wordt geschikt, niet op. Zie ook Shajnfeld 2010, p. 792 e.v.

33 Rickman 1999, p. 296 en 306.

34 Clermont & Currihan 1978, p. 571 en 572; Dana & Spier 1993, p. 349 en 350. Zie ook Miceli 1994, p. 223 en Shajnfeld 2010, p. 807.

advocatenkantoor en individuele partners van het kantoor. Zij verklaren de voorkeur die grote advocatenkantoren met vooral professionele cliënten blijken te hebben voor uurtarieven boven *contingency fees* mede op basis van die verhouding tussen kantoor en partner.³⁵ Een partner draait zelf niet op voor alle kosten die hij voor het kantoor met zich meebrengt (denk aan de gemeenschappelijke uitgaven voor bijvoorbeeld secretariële ondersteuning, computers, gebruik van juniorstaf e.d.). Hierdoor krijgt hij onder *contingency fees* de prikkel om meer tijd aan een zaak te besteden dan wenselijk is voor het kantoor. Bij het afwegen van de kosten en baten van een extra tijdsinvestering neemt hij immers niet alle kosten in zijn berekening mee. Bij uurtarieven zal de partner echter niet meer tijd investeren dan hij er redelijkerwijs voor kan schrijven. Dit is voor het kantoor als geheel beter.³⁶

Regel 3.3 van de Gedragscode voor Europese advocaten verbiedt dat de advocaat zijn honorarium vaststelt op basis van een *pactum de quota litis*. Dit betekent dus dat de betere (zij het niet perfecte) prikkels die *contingency fees* in de relatie tussen advocaat en cliënt geven in vergelijking met het uurtarief, in Europa niet gerealiseerd kunnen worden. Ook in Nederland zijn *contingency fees* niet toegestaan.³⁷ Echter, naast *contingency fees* bestaan nog diverse andere vormen van resultaatgerichte beloningen,³⁸ die bijvoorbeeld inhouden dat de advocaat bij verlies geen beloning krijgt, maar bij winst zijn uurtarief plus een opslag.³⁹ Ook kan worden afgesproken dat de advocaat bij verlies wel een beloning krijgt, maar dat hij bij winst meer krijgt. Het voert in het kader van deze bijdrage te ver om in te gaan op de mogelijke gedragsprikkels van al deze beloningsstructuren, omdat de prikkels erg afhangen van de exacte regeling. Wel kan worden gesteld dat het een voordeel van *contingency fees* ten opzichte van *conditional fees* (waar de bonus bij winst niet afhangt van de waarde van de zaak) is dat de advocaat zijn informatie over de waarde van de zaak gebruikt bij het bepalen van de hoeveel tijd die hij in de zaak steekt.⁴⁰

Los van de exacte prikkels van *contingency*- en *conditional fee*-systemen komt uit de theoretische (rechts)economische literatuur duidelijk naar voren dat de beloningsstructuur invloed heeft op het gedrag van de advocaat: hoeveel tijd steekt hij in de zaak, adviseert hij zijn cliënt goed bij de keuze tussen schikken en procederen, geeft hij goed advies bij de beslissing om al dan niet een zaak te beginnen, et cetera. Volgens de economische literatuur

35 Garoupa & Gomez-Pomar 2008, p. 462 e.v. Andere verklaringen zijn het feit dat grote professionele cliënten de financierings- en risicoverdelingsfunctie van *contingency fees* niet nodig hebben en dat het standaard *principal-agent* probleem tussen cliënt en advocaat vanwege de langduriger relatie tussen de professionele cliënt en advocatenkantoor een minder grote rol speelt.

36 Garoupa & Gomez-Pomar 2008, p. 465 en 466.

37 Zie regel 25 van de Gedragsregels 1992 en art. 2 van de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning).

38 Zie voor een uitgebreid overzicht Faure, Hartlief & Philipsen 2006.

39 Ook dit is in Nederland niet toegestaan vanwege regel 25 van de Gedragsregels 1992 en art. 2 van de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning).

40 Emons & Garoupa 2006, p. 383.

zijn *contingency fees* beter dan uurtarieven in staat om de prikkels van advocaten en cliënten op elkaar af te stemmen.⁴¹ Het is dus belangrijk om rekening te houden met de gedragsprikkels bij het beoordelen van de diverse beloningssystemen en het is, vanwege de theoretische voorkeur voor *contingency fees* opvallend dat in Europa het verbod op een *pactum de quota litis* wordt gehandhaafd. In paragraaf 3.3 komt empirisch onderzoek aan bod waarin wordt getoetst of de theoretisch voorspelde effecten van de diverse beloningsstructuren in de praktijk ook inderdaad waarneembaar zijn.

3.3 Empirisch onderzoek

In paragraaf 3.2 zijn diverse mogelijke verschillen in het gedrag van advocaten als gevolg van de wijze waarop ze voor hun inspanningen beloond worden, geïdentificeerd. Het gaat hier vooral om de vraag of advocaten in een systeem van *contingency fees* in vergelijking met een uurtarief zaken beter selecteren op basis van de kwaliteit, of ze minder tijd in een zaak steken en of ze eerder schikken.

Voor wat betreft de vraag of advocaten daadwerkelijk als poortwachter functioneren, is het onderzoek van Kritzer erg interessant. Op basis van een enquête onder ruim 500 advocaten uit Wisconsin concludeert Kritzer dat advocaten die op basis van *contingency fees* werken, inderdaad als poortwachter optreden. Zaken met een kleine kans op succes worden niet aangenomen, omdat de verwachte opbrengst voor de advocaat te laag is. De advocaten proberen een zodanig portfolio te creëren dat er voldoende zaken in zitten die voldoende winst opleveren om daarmee de verloren zaken te kunnen compenseren. Selecteren op basis van kwaliteit is hierbij van groot belang. De selectie vindt echter niet alleen plaats op grond van de kwaliteit van de zaak, maar ook op grond van de mogelijke opbrengst. Een goede zaak die slechts een laag bedrag betreft, wordt dus ook regelmatig geweigerd, omdat het voor de advocaat onvoldoende oplevert.⁴²

Helland en Tabarrok komen tot een vergelijkbare conclusie. Zij proberen de invloed van *contingency fees* op de kwaliteit van zaken te bepalen en meten die kwaliteit met de kans dat de eiser zijn zaak staakt en dus niet doorgaat totdat er een schikking of uitspraak is. De gedachte hierachter is dat een cliënt de zaak zal staken als hij gaandeweg ontdekt of inziet dat de kans op een gunstige schikking of uitspraak te laag is om door te gaan. Zulke zaken had de advocaat er al aan het begin uit kunnen filteren door de cliënt te adviseren geen zaak te beginnen. De auteurs maken voor hun onderzoek gebruik van het gegeven dat sommige jurisdicties voor bepaalde typen zaken het gebruik van *contingency fees* aan banden hebben gelegd en voor andere typen zaken niet. Ze vergelijken de verschillen in

⁴¹ Garoupa & Gomez-Pomar 2008, p. 459.

⁴² Kritzer 1997, p. 26 e.v. Zie ook Kritzer 2004, p. 84 en 85.

de kans op staken tussen beide typen zaken in jurisdicties *met* zulke beperkingen met de verschillen in jurisdicties *zonder* zulke beperkingen (dit is de zogenoemde *difference-in-difference*-methode). Als controle bestuderen ze of de invoering van beperkingen op *contingency fees* in Florida in 1985 tot een discontinuïteit in de kans op staken van een zaak heeft geleid.⁴³ Voor wat betreft de *difference-in-difference*-methode concluderen de auteurs dat beperkingen op *contingency fees* tot meer gestaakte zaken leiden, wat suggereert dat *contingency fees* inderdaad in een betere *screening* van zaken resulteert.⁴⁴ Het feit dat er in Florida na invoering van de beperking op *contingency fees* meer zaken gestaakt werden dan daarvoor, versterkt deze conclusie.⁴⁵

Shajnsfeld is echter niet overtuigd door de resultaten van Helland en Tabarrok. Hij betoogt dat de grotere kans op staken van een zaak bij uurtarieven ook hierdoor kan worden veroorzaakt dat de cliënt op een gegeven moment geen geld meer heeft om de advocaat nog langer te betalen en daarom de zaak moet stopzetten. Helland en Tabarrok verwerpen deze kritiek, omdat dit impliceert dat de eiser dan bij aanvang van de zaak over het hoofd moet hebben gezien dat hij te weinig middelen heeft om de advocaat lang genoeg te kunnen betalen. Of de eiser inderdaad zo'n fout maakt, bijvoorbeeld omdat hij onvoldoende deskundig is om goed in te kunnen schatten hoe lang de advocaat nodig heeft, is een empirische kwestie waar de diverse auteurs geen gegevens over presenteren.⁴⁶

Er is (beperkt) empirisch onderzoek betreffende de vraag of advocaten die op basis van *contingency fees* werken, minder tijd aan hun zaken besteden dan advocaten die op uurtarief werken. Kritzer e.a. hebben dossiers van rechtszaken bestudeerd en advocaten uit die zaken geïnterviewd (371 advocaten werkten op uurbasis en 267 op basis van *contingency fees*).⁴⁷ De auteurs hebben een algemeen model opgesteld betreffende de allocatie van tijd in een rechtszaak, waarin dertig variabelen een rol spelen. Uit hun analyse volgt dat *contingency fee*-advocaten minder tijd besteden aan kleine zaken dan advocaten die op uurtarief werken, terwijl ze juist meer tijd besteden aan grotere zaken. Dit ondersteunt de theoretische voorspellingen, omdat een *contingency fee*-advocaat een afweging maakt tussen de kosten van een extra uur (die hij helemaal zelf draagt) en de baten van dat extra uur (waar hij slechts een percentage van krijgt). Bij kleinere zaken loont een extra uur dus al vrij snel niet meer, terwijl bij grotere zaken een extra uur juist veel langer de moeite waard is.⁴⁸

43 Helland & Tabarrok 2003, p. 521 en 522.

44 Helland & Tabarrok 2003, p. 529.

45 Ibid., p. 533.

46 Shajnsfeld 2010, p. 808 en 809.

47 Kritzer e.a. 1985, p. 255.

48 Ibid., p. 266 en 267. Hierbij tekenen de auteurs aan dat het resultaat voor zaken onder de \$6.000 wel statistisch significant is, maar het resultaat voor zaken boven die \$6.000 niet, zie p. 268. Zie ook Kritzer 2002, p. p. 1968 en 1969.

Een ander aspect dat in het theoretisch onderzoek aan bod kwam, is de vraag of *contingency fees* tot meer schikkingen leiden of juist tot minder, waarbij in deze literatuur tegengestelde conclusies worden bereikt. Danzon en Lillard hebben empirisch onderzoek gedaan naar de manier waarop zo'n 6000 Amerikaanse gevallen van medische aansprakelijkheid zijn afgehandeld.⁴⁹ Ze onderzoeken onder andere de invloed van de ernst van het letsel, kenmerken van het slachtoffer (leeftijd, geslacht e.d.), mogelijke verschillen tussen staten, het aantal gedaagden en ook de eventuele aanwezige beperkingen op het gebruik van *contingency fees* (bijvoorbeeld het bepalen van een maximumpercentage). Zij concluderen dat zulke beperkingen tot meer schikkingen leiden.⁵⁰ Ook resulteren deze beperkingen in lagere schikkingsbedragen.⁵¹

Snyder en Hughes komen op basis van een onderzoek naar de invloed van diverse wetswijzigingen betreffende de manier waarop medische aansprakelijkheidszaken in Florida worden afgehandeld eveneens tot de conclusie dat beperkingen op het gebruik van *contingency fees* ertoe leiden dat zaken vaker geschikt worden.⁵²

Helland en Tabarrok komen in hun hiervoor besproken onderzoek tot de conclusie dat beperkingen op het gebruik van *contingency fees* ertoe leiden dat het langer duurt voordat een schikking wordt bereikt.⁵³ De resultaten van beide onderzoeken suggereren dus dat advocaten die op basis van een uurtarief werken meer prikkels hebben om het schikkingsproces te vertragen,⁵⁴ maar tevens dat de redenering dat *contingency fees* tot minder schikkingen leiden omdat de verwachte kosten voor de gedaagde dalen en omdat de advocaat van de eiser voor *hard bargaining* kiest, de juiste is (zodat de redenering dat *contingency fee*-advocaten snel en vaak schikken om zo zonder veel moeite een percentage van de opbrengst te krijgen, verworpen moet worden).

Een laatste empirische publicatie die ik hier wil bespreken, staat los van de hiervoor behandelde problematiek van de beloningsstructuur, maar is wel verbonden met de (*principal-agent*)relatie tussen advocaat en cliënt. Lerman heeft in 1990, door interviews met twintig advocaten, onderzocht in hoeverre zij logen tegen hun cliënten.⁵⁵ De Amerikaanse gedragsregels verbieden de advocaat tegen zijn cliënt te liegen, maar in de praktijk blijkt het veelvuldig te gebeuren. Uit een eerder onderzoek bleek bijvoorbeeld dat advocaten soms tegen cliënten liegen om zo de kans te verhogen dat ze een schikkingsbod accepteren. Bijvoorbeeld, als een bod van € 5.000 is gedaan en de advocaat dat een goed bod vindt, maar hij vreest dat de cliënt dat niet vindt, dan kan de advocaat eerst zeggen dat er een

49 Danzon & Lillard 1983, p. 348.

50 Ibid., p. 363 en 366.

51 Ibid., p. 363 en 365.

52 Hughes & Snyder 1990, p. 366.

53 Helland & Tabarrok 2003, p. 536 en 538.

54 Ibid., p. 540.

55 Lerman 1990.

lager bod is gedaan (bijvoorbeeld € 3.000). Na verwerping van dat lage (fictieve) bod door de cliënt zegt de advocaat tegen hem dat hij zal proberen er meer uit te halen, bijvoorbeeld € 4.500. Enige tijd later meldt de advocaat dan aan de cliënt dat hij er € 5.000 uit heeft weten te slepen en dan is de cliënt tevreden.⁵⁶

Uit Lerman's onderzoek bleek dat bijna geen van de geïnterviewde advocaten het aantal gewerkte uren exact bijhield. In plaats daarvan schatten de meeste advocaten hun tijdsinvestering. Werkzaamheden die niet nodig waren, werden regelmatig wel in rekening gebracht.⁵⁷ En de redenering dat advocaten die op uurtarief werken een prikkel krijgen om meer uren aan een zaak te besteden, bijvoorbeeld door via een te positieve voorstelling van de kans op succes verder procederen aan te bevelen, werd bevestigd.⁵⁸ Voorts bleek dat vooral bij rijkere cliënten meer uren werden gedeclareerd dan er waren gewerkt, en bij minder vermogende cliënten soms juist minder. Ook werden dezelfde werkzaamheden soms bij meerdere cliënten in rekening gebracht. Voor zover deze gedragingen ook in Nederland voorkomen, staan ze op gespannen voet met Gedragsregel 23, die vereist dat de advocaat nauwgezet en zorgvuldig is in financiële aangelegenheden en dat hij het maken van onnodige kosten moet vermijden.

Volgens Lerman is het verhullen van gemaakte fouten een van de meest voorkomende redenen waarom advocaten soms tegen hun cliënten liegen, zeker als het fouten betreft die nog hersteld kunnen worden.⁵⁹ Zo'n praktijk is strijdig met Gedragsregel 11, die zegt dat een advocaat die bemerkt dat hij tekort is geschoten in de behartiging van de belangen van zijn cliënt, de laatste daarvan op de hoogte moet stellen.

Lerman ziet het ontbreken van specifieke regels over welk gedrag wel en niet is toegestaan als een van de oorzaken van het ontstaan van een 'grijs gebied' waarbinnen advocaten het niet altijd even nauw nemen met de waarheid. Een algemeen verbod om te liegen is niet voldoende.⁶⁰ De Nederlandse Gedragsregels geven weliswaar specifiekere normen dan een louter algemeen verbod op liegen, maar ook nu bestaat er nog steeds zo'n grijs gebied. Wat zijn bijvoorbeeld 'onnodige kosten' die vermeden moeten worden en wat houdt 'nauwgezetheid en zorgvuldigheid in financiële aangelegenheden' in? Het is dus niet denkbeeldig dat de door Lerman beschreven gedragingen ook in Nederland plaatsvinden.

56 Ibid., p. 700 en 701. Lerman beschrijft ook de praktijk dat advocaten de waarde van een zaak soms bewust te laag voorstellen, zodat een bereikte schikking door de cliënt eerder als een goed resultaat wordt gezien, zie p. 734.

57 Ibid., p. 705 en 706.

58 Ibid., p. 709.

59 Ibid., p. 725.

60 Ibid., p. 746.

3.4 *Conclusie*

Uit de rechtseconomische literatuur komt naar voren dat de belangen van advocaat en cliënt niet aan elkaar gelijk zijn en dat dit ertoe kan leiden dat de advocaat zich niet altijd door de belangen van de cliënt laat leiden. Zo kan de beloningsstructuur invloed hebben op het advies van een advocaat aan zijn cliënt om al dan niet een rechtszaak te beginnen, om al dan niet een schikkingsaanbod te doen of te accepteren, en op de tijd en moeite die een advocaat aan een zaak besteedt. Empirisch onderzoek laat inderdaad zien dat de beloningsstructuur invloed op deze factoren uitoefent. Hiermee is natuurlijk niet gezegd dat advocaten zich primair door (economisch) eigenbelang laten leiden, maar het maakt wel duidelijk dat zulke economische motieven het gedrag van advocaten mede beïnvloeden. Het beeld dat alleen het belang van de cliënt bepalend is voor de wijze waarop een advocaat de zaak behandelt, zoals is neergelegd in Gedragsregel 5, is derhalve meer een wens dan realiteit. Het is daarom goed om bij het formuleren van gedragsregels expliciet rekening te houden met het ervaringsfeit dat advocaten, bewust of onbewust, ook reageren op economische motieven.

4 PSYCHOLOGISCH EN GEDRAGSECONOMISCH ONDERZOEK

4.1 *Inleiding*

Het onderzoek dat in paragraaf 3 is besproken, is gebaseerd op voorspellingen die voortvloeien uit het rationele-keuzemodel. Het betrof daar vooral het probleem dat de belangen van advocaten en cliënten uiteen kunnen lopen en dat het gedrag van advocaten mede door hun eigenbelang kan worden beïnvloed. In de onderhavige paragraaf komt een geheel ander type onderzoek aan bod. Zelfs als een advocaat zich zou willen gedragen op een manier *waarvan hij denkt* dat het in het belang van zijn cliënt is, zou het zo kunnen zijn dat zijn gedrag *in werkelijkheid* niet het belang van de cliënt dient. De advocaat zou bijvoorbeeld fouten kunnen maken bij het inschatten van winstkansen, zodat hij procederen adviseert waar een schikking beter zou zijn geweest. Zulke problemen zijn onderwerp van onderzoek in de psychologie en de gedragseconomie. In de volgende subparagrafen zal ik verschillende inzichten uit deze literatuur bespreken.

4.2 *Persoonskenmerken van advocaten*

Bij een hoofdstuk over ‘gedrag van advocaten’ in het een interessante vraag of advocaten gemiddeld genomen andere persoonskenmerken hebben dan andere mensen. Hier is veel

onderzoek naar gedaan en Daicoff bespreekt veel van dat onderzoek.⁶¹ Het betreft hier Amerikaanse advocaten, zodat de gevonden resultaten niet onverkort voor Nederlandse advocaten hoeven te gelden. Toch levert dit overzichtsartikel genoeg interessante inzichten op om het hier kort te bespreken. Ten eerste lijken advocaten competitiever te zijn dan veel andere beroepsgroepen. Daicoff refereert hier aan onderzoek dat concludeert dat mannelijke en vrouwelijke advocaten competitiever zijn dan mannelijke en vrouwelijke verpleegkundigen, dat vrouwelijke advocaten competitiever en agressiever zijn dan vrouwelijke artsen, dat het testosterongehalte van vrouwelijke advocaten hoger is dan dat van vrouwelijke verpleegkundigen, artsen en atleten en dat advocaten hogere testosterongehaltes hebben dan andere juristen.⁶² Voorts hebben advocaten een relatief sterke prestatiedrang ('de behoefte om het tegen een interne of externe kwaliteitsstandaard op te nemen') en een relatief zwakke behoefte aan vriendschap, liefde en gebondenheid.⁶³ Ook lijken ze relatief veel waarde te hechten aan financiële en economische factoren en relatief weinig aan immateriële, emotionele factoren. Een interessante conclusie die aan dit laatste aspect wordt verbonden, is dat advocaten zich wel eens meer zouden kunnen laten leiden door de materiële aspecten van een zaak, terwijl hun cliënt misschien vooral waarde hecht aan immateriële aspecten.⁶⁴

Daicoff besteedt veel aandacht aan het 'MBTI-type' (Myers-Briggs Type Indicator). Op basis van vier eigenschappen (*extraversion of introversion, sensing of intuition, thinking of feeling, judging of perceiving*) worden zestien persoonstypen onderscheiden. Hierbij blijken volgens onderzoek advocaten vooral introvert te zijn, terwijl de meerderheid van de mensen extravert is. Ook zijn ze vaker een *intuition*-type (gebruikmakend van grote lijnen en abstracte ideeën), terwijl de meerderheid van de mensen een *sensing*-type is (gebruikmakend van feitelijke informatie uit de wereld om hen heen). Advocaten nemen beslissingen vooral op basis van *thinking* (logica), terwijl de meerderheid van de mensen dat op basis van *feeling* (gevoel) doet. Voor wat betreft de manier van werken zijn de meeste advocaten *judgers* (ze hebben een planmatige en geordende manier van werken) en geen *perceivers* (de dingen nemen zoals ze zijn en kijken wat er gebeurt). Dit geldt voor de meeste mensen, maar advocaten hebben dit nog sterker.⁶⁵ Het gegeven dat veel advocaten een ander MBTI-type hebben dan veel van hun cliënten kan de communicatie tussen beiden

61 Daicoff 1997; Daicoff 2004.

62 Daicoff 1997, p. 1408 en 1409; Daicoff 2004, p. 26. Daicoff relateert overigens met name de gevonden kenmerken van vrouwelijke advocaten, omdat de onderzoeken stammen uit de tijd dat de advocatuur nog een typisch mannenberoep was. Het zou dan immers kunnen zijn dat vrijwel alleen vrouwen met een hoger testosterongehalte in die periode toch dit beroep kozen. Tegenwoordig is de advocatuur geen mannenwereld meer en kan het type vrouwelijke advocaat anders zijn dan enkele decennia geleden.

63 Ibid., p. 27.

64 Ibid., p. 29. Zie ook Korobkin & Guthrie 1997, p. 140.

65 Daicoff 2004, p. 32-36. Zie ook, uitgebreid, Richard 1993.

bemoeilijken en kan ervoor zorgen dat de advocaat vooral de nadruk legt op aspecten die voor de cliënt van minder belang zijn.

Richard concludeert op basis van onderzoek naar de persoonlijkheid van advocaten dat zij een hogere ‘urgentiescore’ (ongeduld, dingen direct willen, resultaatgericht) hebben dan gemiddeld. Dit kan zich uiten in slecht luisteren, zinnen van anderen afmaken en een bepaalde mate van spanning veroorzaken in conversaties. Ze scoren echter relatief laag op ‘sociability’ (het verlangen om contacten met anderen te leggen) en ‘resilience’ (ze zijn relatief defensief, zijn gevoelig voor kritiek en staan minder open voor feedback).⁶⁶ Richard adviseert advocaten zich in elk geval bewust te zijn van hun persoonlijkheidskenmerken en van de mogelijkheid dat die afwijken van die van hun cliënten, om op die manier beter het belang van de cliënt te begrijpen en te kunnen dienen.

4.3 *Het werken met gedragsregels*

Gross onderzoekt of de wijze waarop de Amerikaanse gedragsregels voor advocaten (de *Model Rules of Professional Conduct*) diverse mogelijke belangentegenstellingen aanpakken in overeenstemming is met inzichten uit de gedragseconomie. Zijn onderzoek is ook voor de Nederlandse situatie van groot belang, juist omdat het de vraag betreft of advocaten bij belangenconflicten verondersteld kunnen worden zich ‘professioneel’ te gedragen of dat ook zij zich door hun eigenbelang zullen laten leiden.⁶⁷

Een probleem bij de door Gross besproken gedragsregels is dat het aan het oordeel van de advocaat wordt overgelaten of hij zichzelf in staat acht ondanks een mogelijk belangenconflict zijn cliënt (die geïnformeerd moet worden en die schriftelijk toestemming moet geven) goed te vertegenwoordigen. Dit gaat ervan uit dat de advocaat zijn cliënt inderdaad informeert en ook nog eens op een manier die het voor de cliënt goed mogelijk maakt om te besluiten of het belangenconflict al dan niet onoverkomelijk is. Uit onderzoek blijkt echter dat mensen de neiging hebben om hun eigenbelang zodanig te rationaliseren, dat het in overeenstemming lijkt met de heersende normen van behoorlijk gedrag, zeker als die normen vaag zijn.⁶⁸ Ook kunnen ze tot de conclusie komen dat de betreffende norm niet op hun situatie van toepassing is. Bij complexe beslissingen maken mensen gebruik van *heuristics* (vuistregels) die het beslissen vereenvoudigen. Eén van die vuistregels is *availability*: als de advocaat geen duidelijke voorbeelden van ongeoorloofde belangenconflicten kent, dan komt hij eerder tot de conclusie dat hij zich ook niet in zo’n ongeoorloofd belangenconflict bevindt.⁶⁹ En zelfs als de advocaat wel denkt dat er sprake is van zo’n

⁶⁶ Richard 2008, p. 3 en 4.

⁶⁷ Gross 2006, p. 112.

⁶⁸ Dit rationaliseren kan in grote advocatenkantoren, vanwege de hogere mate van anonimiteit, een grotere rol spelen dan in kleinere kantoren, zie Rotunda 2011, p. 694 e.v.

⁶⁹ Gross 2006, p. 116.

belangenconflict, dan zou hij vanwege *overoptimism* (het onderschatten van de kans dat negatieve gebeurtenissen hem zullen overkomen) en *overconfidence* (het overschatten van de eigen vaardigheden) toch kunnen besluiten ermee door te gaan.⁷⁰ Dit wordt nog eens versterkt door de neiging van mensen om meer risico's te nemen op terreinen waarvan ze zelf vinden dat ze er deskundig in zijn en doordat mensen bij afwezigheid van *availability* de kans op het intreden van een gebeurtenis (hier: gedisciplineerd worden vanwege ongeoorloofde belangentegenstelling) te laag inschatten.

Als de advocaat, ondanks het vorenstaande, toch meent dat er een belangenconflict bestaat, dan kan hij de neiging hebben om de cliënt te overtuigen dat hij deze ondanks het belangenconflict best kan vertegenwoordigen. Door de risico's die de cliënt loopt te overdrijven, maakt de advocaat zichzelf belangrijker dan hij is en hiermee maakt hij de cliënt van zich afhankelijk. Het is dus zeer de vraag of de advocaat in staat is om het belangenconflict objectief aan de cliënt voor te leggen. Inzichten uit de *Prospect Theory* suggereren voorts dat mensen bereid zijn om riskante keuzes te maken om een verlies te voorkomen, terwijl ze veel minder bereid zijn risico's te nemen om een winst te behalen. Toegepast op het belangenconflict zou de advocaat het risico op een eventueel ongeoorloofd belangenconflict kunnen willen nemen, om zo het verliezen van een cliënt te voorkomen.⁷¹

Ten slotte is het zeer de vraag of de cliënt wel in staat is een goede keuze te maken als de advocaat hem het belangenconflict voorlegt. Ten eerste moet de cliënt voldoende informatie hebben om het conflict goed te kunnen beoordelen en het is dus de vraag of de advocaat die informatie verstrekt. Los daarvan heeft de cliënt op een eerder moment voor deze advocaat gekozen om hem te vertegenwoordigen en hij heeft dus vertrouwen in de advocaat gesteld. De cliënt zal hierdoor de neiging hebben de advocaat te geloven als deze zegt dat hij, ondanks de belangentegenstelling, de cliënt goed denkt te kunnen vertegenwoordigen. Voorts hebben mensen de neiging om directe verliezen zwaarder te wegen dan toekomstige verliezen, zodat men een eventueel toekomstig probleem als gevolg van het belangenconflict al vrij snel verkiest boven het direct kwijtraken van de advocaat.⁷²

Gross bespreekt dus veel inzichten uit de gedragseconomie die suggereren dat advocaten in situaties van belangentegenstellingen hun eigenbelang behartigen. Een enquête onder juristen bevestigt dit beeld: advocaten denken meestal dat belangenconflicten overkomelijk zijn en cliënten geven de advocaat bijna altijd toestemming om ze te blijven vertegenwoordigen.⁷³

Dit alles roept de vraag op of het in situaties van belangenconflicten wel verstandig is om in gedragsregels veel beoordelingsruimte aan de advocaat en beslissingsbevoegdheid aan de cliënt te laten. De Gedragsregels van de NOvA lijken hier minder problematisch

70 Zie ook Levin 2009, p. 1590.

71 Gross 2006, p. 119 en 120.

72 Ibid., p. 122 en 123.

73 Ibid., p. 128 e.v.

te zijn dan de door Gross besproken *Model Rules*. Immers, Regel 17 lid 2 geeft aan dat de advocaat die de belangen van twee of meer partijen behartigt in het algemeen verplicht is zich geheel uit de zaak terug te trekken zodra er een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict ontstaat. De term ‘in het algemeen’ laat nog wel enige ruimte over, maar uitgangspunt van deze regel is dat de advocaat zich terugtrekt. Dat biedt veel minder ruimte voor de hiervoor besproken problemen dan de Amerikaanse regeling waarin de advocaat die redelijkerwijs denkt dat hij de cliënt competent kan vertegenwoordigen en die schriftelijke toestemming van de cliënt krijgt, door mag gaan. Het is echter de vraag of Gedragsregel 5 van de NOvA in staat is om advocaten ertoe aan te zetten niet in hun eigenbelang te handelen. Het door Gross besproken rationalisatieproces en het gebruik van *heuristics* kan er immers voor zorgen dat de advocaat een mogelijk eigenbelang niet als zodanig ervaart of herkent.

4.4 *Biases en heuristics bij advocaten*

Inzichten uit de Prospect Theory

Uit diverse onderzoeken blijkt dat partijen bij een geschil onder invloed van *biases* moeite kunnen hebben een schikking te bereiken. Rachlinski past inzichten uit de hiervoor al aangehaalde *Prospect Theory* toe op het schikkingsproces en benadrukt dat de visie van de betrokken partijen verschilt. Voor een eiser is al dan niet schikken een keuze tussen een zekere winst enerzijds en een onzekere, maar mogelijk grotere winst anderzijds. Voor de gedaagde gaat het echter om de keuze tussen een zeker verlies enerzijds en een onzeker maar mogelijk groter verlies anderzijds. Volgens de *Prospect Theory* handelen mensen risicomijdend bij het mogelijk behalen van winsten, maar risicozoekend bij het mogelijk vermijden van verliezen. Daardoor is het van belang of een mogelijke uitkomst wordt gepresenteerd als een mogelijk verlies of als een mogelijke winst (het gaat hier om *framing*).⁷⁴ Rachlinski bespreekt de mogelijke rol van de advocaat bij het *reframen* van een situatie als winst of verlies. Zo kan de advocaat van de gedaagde proberen een schikking niet als een zeker verlies vorm te geven, maar juist als winst ten opzichte van het dure alternatief van verder procederen.⁷⁵ Op die manier kan de advocaat de cliënt helpen bij het nemen van beslissingen die in het belang van de cliënt zelf zijn, maar die hij niet steeds zo ervaart. Rachlinski onderkent echter dat advocaten deze invloed ook kunnen aanwenden om juist hun eigenbelang te bevorderen, bijvoorbeeld door een schikking juist wél als verlies te *framen*, zodat de cliënt eerder kiest voor doorprocederen (wat tot meer declarabele uren leidt).

⁷⁴ Rachlinski 1996, p. 119. Zie over ‘framing’ ook de bijdrage van Enneking, Giesen & Rijnhout aan deze bundel.

⁷⁵ Ibid., p. 171.

Korobkin en Guthrie zien het *framen* van een schikking als verlies of winst ook als een reden waarom partijen soms moeilijk tot een schikking komen.⁷⁶ Advocaten zouden hier een goede rol kunnen vervullen als zij in mindere mate dan de cliënten blootstaan aan de invloed van *biases* en *heuristics*, maar onderzoek geeft aan dat dit bij deskundigen in het algemeen niet het geval is.⁷⁷ Korobkin en Guthrie denken echter dat dit juist bij advocaten anders kan zijn, omdat deze getraind zijn om analytisch te denken: '(L)egal training teaches lawyers to analyze legal conflicts carefully and unemotionally rather than to react to them viscerally.'⁷⁸ Via experimenten onderzoeken de auteurs of advocaten inderdaad anders naar schikkingsmogelijkheden kijken dan cliënten. Uit deze experimenten komt naar voren dat schikkingsmogelijkheden die als een verlies worden gepresenteerd, veel minder vaak door de cliënten worden geaccepteerd dan schikkingsvoorstellen die als winst worden gepresenteerd (ook al ging het steeds om dezelfde schikkingsbedragen, die ook nog eens hoger waren dan de 'verwachte waarde' van verder procederen (dus kans op winst, vermenigvuldigd met de resulterende uitkomst). Bij de onderzochte advocaten bleek er echter geen verschil te zijn: de advocaten keken naar de verwachte waarde van verder procederen en zagen dat de schikking gunstiger was, ongeacht hoe deze *geframed* was.⁷⁹ Ook de invloed van irrelevante 'ankers' (bedragen die niet direct relevant zijn voor de beslissing die onderzocht wordt) blijkt bij de advocaten veel kleiner te zijn dan bij de cliënten, wederom omdat de advocaten naar de verwachte waarde kijken.⁸⁰ De auteurs concluderen dan ook dat advocaten kunnen bijdragen aan een hoger schikkingspercentage, omdat de problemen van *framing* en *anchoring* die wel bij de cliënten spelen, in veel mindere mate het gedrag van de advocaten beïnvloeden.⁸¹

Er zijn echter diverse andere onderzoeken die suggereren dat ook advocaten ten prooi vallen aan diverse *biases* en *heuristics*.⁸² Hierna ga ik nader op dat onderzoek in.

Kalibratie

Bij 'kalibratie' gaat het om de vraag hoe goed de onderzochte subjecten, vaak deskundigen, zijn in het correct inschatten van de kans dat een bepaalde hypothese waar is. Uit dit onderzoek blijkt dat advocaten niet goed gekalibreerd zijn en dat ze systematisch de kans op succes overschatten.⁸³ Dit kan effect hebben op het advies dat advocaten hun cliënt

76 Guthrie & Korobkin 1994, p. 130 e.v.; Korobkin 2006, p. 308 e.v.

77 Guthrie & Korobkin 1997, p. 85 e.v.

78 Ibid., p. 87.

79 Ibid., p. 100 en 101.

80 Ibid., p. 107.

81 Ibid., p. 124.

82 Zie bijv. Langevoort 1998, p. 1518.

83 Zie bijvoorbeeld Loftus & Wagenaar 1988, p. 440, 444 en 448 en Malsch 1990, p. 34 e.v. en 42. Zie voor een duidelijke uitleg van kalibratie Malsch 1990, 8 e.v. Naarmate mogelijke uitkomsten moeilijker voorspelbaar zijn, wordt kalibratie problematischer. Het gegeven dat rechterlijke uitspraken niet steeds consistent en

geven betreffende het al dan niet beginnen van een rechtszaak, het al dan niet doen of accepteren van een schikkingsvoorstel, het al dan niet inschakelen van een deskundige, et cetera.⁸⁴ De gegeven adviezen zijn daardoor niet steeds in het belang van de cliënt. Een mogelijke verklaring voor het overoptimisme van advocaten is dat ze zich vooral hun succesverhalen goed voor de geest kunnen halen, wat een voorbeeld van *availability* is.⁸⁵ Gebrek aan snelle en duidelijke feedback werkt *overconfidence* in de hand.⁸⁶ Onderzoek van Babcock e.a. laat eveneens zien dat advocaten aan overoptimisme en/of *overconfidence* lijden. Interessant aan deze publicatie is dat de experimenten zowel met advocaten als met studenten werden gedaan, en dat de advocaten wel overoptimisme of *overconfidence* ten-toonspreidden, maar de studenten niet.⁸⁷ Ook Malsch vergelijkt de inschattingen van advocaten met die van studenten en uit haar onderzoek blijkt, afhankelijk van de gekozen maatstaf, ofwel geen significant verschil tussen beide groepen, ofwel een betere kalibratie van advocaten.⁸⁸ Deze resultaten uit de diverse onderzoeken suggereren dus dat de kansinschattingen van de advocaat als deskundige niet per definitie beter (of soms juist zelfs slechter) zijn dan die van een leek. Advocaten die vrijwel alleen ervaring hadden met het vertegenwoordigen van eisers maar in het experiment van Babcock e.a. gedaagden moesten vertegenwoordigen, leden niet aan beide euvels. Dit lijkt te impliceren dat een grotere mate van ervaring de problemen kan verergeren in plaats van verminderen. Malsch vindt in haar onderzoek geen duidelijk effect van ervaring, maar vindt wel dat specialisatie (hetgeen iets anders is dan ervaring) leidt tot betere kalibratie.⁸⁹

Malsch geeft aan dat gebrekkige kalibratie onder andere veroorzaakt wordt doordat relevante factoren door de advocaat worden genegeerd bij het inschatten van de kans op succes.⁹⁰ Babcock, Loewenstein en Issacharoff noemen deze verklaring ook en stellen dat *overconfidence* vaak veroorzaakt wordt door het negeren van conflicterend bewijs.⁹¹ In een experiment waarin subjecten in de rol van eiser of gedaagde een inschatting moesten maken

daardoor moeilijk voorspelbaar zijn, kan een extra verklaring zijn voor de gebrekkige kalibratie van advocaten, zie Malsch 1990, p. 21.

84 Zie ook Korobkin 2006, p. 288 en 289. Volgens Bar-Gill 2005, p. 491 is een *bias* in de richting van optimisme ook op grond van evolutionaire speltheorie te verklaren. Optimistische advocaten kunnen geloofwaardig dreigen met een rechtszaak en daarmee kunnen ze een betere schikking realiseren.

85 Loftus & Wagenaar 1988, p. 450.

86 Loftus & Wagenaar zien dit als een verklaring waarom bijvoorbeeld meteorologen veel beter gekalibreerd zijn: zij krijgen snelle en duidelijke feedback op hun voorspellingen. Zie ook Malsch 1990, p. 14 e.v.; Malsch 1997, p. 27; Malsch 2010, p. 850.

87 Babcock e.a. 1995, p. 294. Dit roept de vraag op in hoeverre experimenteel onderzoek dat wordt uitgevoerd met behulp van studenten die zich in een bepaalde rol moeten inleven, betrouwbare informatie oplevert over het gedrag van de actoren in wiens rol ze zich moeten inleven.

88 Malsch 1990, p. 73 en 75. Bij het betreffende experiment waren alleen strafrechtadvocaten betrokken.

89 Ibid., p. 39 en 40.

90 Ibid., p. 84.

91 Babcock, Loewenstein & Issacharoff 1997, p. 916. Zie ook Loewenstein e.a. 1993, waar niet alleen een *self-serving bias* wordt gevonden voor wat betreft de inschatting van de winstkans, maar ook voor wat betreft men als een eerlijke uitkomst ziet.

van het bedrag aan schadevergoeding dat een rechter in een bepaald geval zou toewijzen, bleek dat eisers dit bedrag systematisch veel hoger inschatten dan gedaagden en dat dit effect heeft op de kans op het bereiken van een schikking en de snelheid daarvan. Als aan respondenten echter expliciet werd gevraagd om na te denken over de mogelijke zwakke punten in hun eigen betoog en deze ook op te schrijven, dan bleken de inschattingen veel dichter bij elkaar te liggen, zodat vaker en eerder een schikking werd bereikt.⁹² Ook het expliciet aandacht besteden aan de mogelijke bronnen van onzekerheid, zoals de complexiteit van de zaak en de persoon van de rechter, kan de kalibratie verbeteren.⁹³ Hetzelfde geldt voor het gebruiken van zowel algemene informatie (die is gebaseerd op uitspraken in andere zaken) als informatie over de onderhavige zaak, in plaats van slechts een van beide soorten informatie.⁹⁴

Self-serving bias bij advocaten

In een omvangrijk artikel betogen Langevoort en Rasmussen dat juristen (zij hebben het met name over bedrijfsjuristen) in de wijze waarop ze hun cliënten juridisch advies geven, beïnvloed kunnen worden door de *self-serving bias* op een zodanige manier dat ze juridische risico's systematisch overdrijven.⁹⁵ Het te zwaar aanzetten van mogelijke juridische risico's maakt het juridische advies waardevoller (zodat de cliënt meer geneigd zal zijn advies in te winnen). Ook kan de informatie-asymmetrie die tussen jurist en cliënt bestaat, een prikkel tot het overdrijven van risico's geven. Immers, als de cliënt vanwege juridisch advies een transactie niet aangaat, zal hij nooit weten of het advies klopte. Als hij de transactie wel aangaat en het gaat goed, dan weet de cliënt niet of dit door het advies komt, of dat de risico's minder groot bleken dan geschetst. Alleen als de cliënt een transactie aangaat en het loopt mis, dan zal hij het idee kunnen krijgen dat het juridische advies niet in orde was, met mogelijke negatieve gevolgen voor de jurist. De gevolgen van goed en slecht advies zijn dus niet symmetrisch en dat kan een prikkel geven tot te voorzichtig gedrag.⁹⁶

Het te zwaar aanzetten van risico's kan om redenen van eigenbelang gebeuren om meer inkomen te genereren, maar Langevoort en Rasmussen besteden ook veel aandacht aan de mogelijkheid dat ook juristen die menen dat ze het belang van hun cliënt goed dienen, toch de neiging kunnen hebben om de risico's te overdrijven.⁹⁷ Ze kunnen het bijvoorbeeld

92 Ibid., p. 919. De auteurs stellen op p. 916 dat uit de literatuur duidelijk naar voren komt dat het expliciet nadenken over mogelijke tegenargumenten betreffende de eigen stellingname effectief is tegen vele *biases*, waaronder de *hindsight bias* en *overconfidence*. Zie ook Korobkin 2006, p. 295, waar eveneens blijkt dat het enkele *waarschuwen* voor *overconfidence* niet helpt.

93 Malsch 1990, p. 46 en 50.

94 Ibid., p. 57 en 65.

95 Langevoort & Rasmussen 1996, p. 376.

96 Ibid., p. 378.

97 Ibid., p. 413 en p. 423-430.

doen om de aandacht van de cliënt te trekken, uit angst dat deze niet luistert als het genuanceerdere juiste beeld wordt geschetst. Ook leggen mensen in een onzekere situatie vaak meer nadruk op mogelijke negatieve uitkomsten dan op mogelijke positieve uitkomsten en juristen worden vaak ingeschakeld in situaties die veel onzekerheid met zich meebrengen.⁹⁸ De focus op mogelijke problemen wordt nog eens versterkt, doordat juristen juist ingehuurd worden om hierop te letten. Ook blijkt dat bijvoorbeeld *overconfidence* (dat juist in een onderschatting van risico's zou kunnen resulteren) vermindert in een situatie waarin de actor weet dat zijn gedrag wordt geëvalueerd, zoals bij juristen het geval is. Ten slotte kan de wens om een gevoel van eigenwaarde te hebben, worden aangetast door aansprakelijkheid voor een aanwijsbare fout. Het benadrukken van mogelijke risico's verkleint die kans.

De *self-serving bias* kan ook de manier waarop advocaten hun eigen beloning zien, beïnvloeden. Eisenberg heeft onderzocht hoe advocaten en rechters in faillissementszaken elkaars en hun eigen gedrag op diverse gebieden zien. Voor wat betreft de beloning vond 60% van de advocaten die de vragenlijst beantwoordde, dat ze zich altijd aan de beloningsrichtlijnen houden bij hun declaraties. Het oordeel van de onderzochte rechters was echter dat slechts 18% van de advocaten dit deed. Ook is het percentage advocaten dat zegt nooit om een beloning te vragen die hoger is dan het normale uurtarief, veel hoger dan het percentage rechters dat dit over de advocaten zegt.⁹⁹ Dit impliceert dat zelfs als advocaten oprecht menen dat ze een beloning vragen die in overeenstemming is met de verleende diensten, deze perceptie nog niet door andere groepen gedeeld hoeft te worden.

Een laatste mogelijke invloed van de *self-serving bias* die ik hier wil behandelen, is het mogelijke effect ervan op de mate waarin advocaten in staat zijn eventuele frauduleuze gedragingen van hun cliënten te onderkennen. Langevoort bespreekt psychologisch onderzoek dat suggereert dat het voor advocaten moeilijk kan zijn zulk gedrag te herkennen, waar het voor een buitenstaander wel duidelijk zou zijn dat de cliënt zich frauduleus gedraagt. Ervan uitgaand dat een advocaat begint met een positief beeld van zijn cliënt, leidt zogenoemd 'cognitief conservatisme' ertoe dat dit positieve beeld niet snel verandert; de eerste signalen van foutief gedrag van de cliënt kunnen als onbelangrijk of als uitzondering ter zijde worden geschoven.¹⁰⁰ Vooral in situaties waarin een actor zich (publiekelijk) aan een positie heeft verbonden, blijkt er een sterke neiging te bestaan om informatie die als negatief kan worden ervaren, te negeren of als dan niet kan, eigen verantwoordelijkheid te ontkennen. Volgens Langevoort is dit zeker van toepassing op advocaten, die een cliënt

98 Het feit dat de jurist zijn informatie over het recht onder andere ontleent aan gepubliceerde rechtspraak, die vooral uit de moeilijke zaken bestaat, en literatuur waarin ook juist de moeilijke onderwerpen centraal staan, kan het gevoel van onzekerheid nog eens versterken. Zie Langevoort & Rasmussen 1997, p. 433-435.

99 Eisenberg 1994, p. 987-989.

100 Langevoort 1993, p. 101.

vertegenwoordigen en zich daardoor openlijk aan die cliënt hebben verbonden.¹⁰¹ Werken in teams is geen gegarandeerde oplossing, omdat dan het probleem van ‘diffuse verantwoordelijkheid’ kan meespelen, zodat geen van de betrokken advocaten vindt dat hij degene is die het probleem moet aankaarten en junior advocaten zullen ook niet snel het gedrag van senior advocaten openlijk in twijfel trekken.¹⁰² Samengevat, ‘*in a representational setting, a lawyer’s ability to detect client fraud is diminished by cognitive bias*’.¹⁰³ Langevoort betwijfelt of reputatieoverwegingen sterk genoeg zullen zijn om de *biases* te overwinnen. Advocatenkantoren zouden het probleem kunnen proberen te beperken door personeel te rouleren (zodat er geen te sterke band tussen advocaat en cliënt ontstaat), door in cursussen op de gevaren te wijzen en door advocaten elkaars werk te laten beoordelen. Deze maatregelen zijn echter erg kostbaar en kunnen een sfeer van wantrouwen creëren, zodat Langevoort ook hier weinig heil in ziet.¹⁰⁴ Uitgebreidere aansprakelijkheid voor advocaten stuit op vergelijkbare bezwaren.

5 CONCLUSIES

Gedragsregels vereisen dat een advocaat zich alleen door het belang van de cliënt laat leiden en niet door enig ander of eigen belang. In dit hoofdstuk is onderzocht welke inzichten rechtseconomische, empirische, psychologische en gedragseconomische literatuur hieromtrent biedt.

In de rechtseconomische literatuur wordt op basis van het rationele-keuzemodel de nadruk gelegd op de *principal-agent* relatie tussen cliënt en advocaat, en de mogelijke prikkelproblemen die worden veroorzaakt door de uiteenlopende belangen van de advocaat en de cliënt. De meeste aandacht is hierbij uitgegaan naar de beloningsstructuur van de advocaat. Op basis van theoretische analyses wordt hierbij voorspeld dat de beloningsstructuur los van de overige omstandigheden invloed zal hebben op het gedrag van de advocaat. Zo zou de tijd die een advocaat in een zaak steekt mede afhangen van het antwoord op de vraag of hij op uurbasis wordt betaald of dat er een resultaatgerelateerde beloning is afgesproken. Dit is een voorbeeld van een eigen belang dat invloed op het gedrag van de advocaat kan hebben, hetgeen volgens Gedragsregel 5 niet zou mogen. Empirisch onderzoek suggereert inderdaad dat de beloningsstructuur invloed heeft op het gedrag van de advocaat. In die zin lijkt er sprake te zijn van het nastreven van een eigen belang, los van en soms strijdig met het belang van de cliënt.

101 Ibid., p. 104.

102 Ibid., p. 105 en 106.

103 Ibid., p. 110.

104 Ibid., p. 114.

De rechtseconomische literatuur schetst de advocaat als een actor die rationeel zijn eigen belang nastreeft. Als de advocaat echter niet wordt geportretteerd als iemand die op basis van eigenbelang handelt, maar daarentegen uitgegaan wordt van het idee dat een advocaat het belang van zijn cliënt *wil* dienen, dan is het vervolgens de vraag of de advocaat dat wel goed *kan*. Hier zijn inzichten vanuit de psychologie en de gedragseconomie van belang. Er worden diverse voorbeelden gegeven waaruit volgt dat een advocaat inderdaad niet steeds in staat zal zijn om het belang van zijn cliënt goed te dienen. Zo zouden advocaten wel eens een ander persoonstype kunnen hebben dan veel van hun cliënten, zodat het voor de advocaat moeilijk kan zijn om goed te weten wat de cliënt nu eigenlijk echt wil. Ook blijken advocaten niet altijd goed in staat te zijn om winstkansen adequaat in te schatten, zodat ze verkeerd advies kunnen geven betreffende de keuze tussen schikken en procederen. Diverse *biases* en *heuristics* worden besproken die suggereren dat advocaten lang niet altijd in staat zijn om het belang van de cliënt te dienen en het is zeer de vraag of deze problemen tegen aanvaardbare kosten opgelost kunnen worden.

De conclusie van dit hoofdstuk is daarmee, enigszins ontluiserend wellicht, dat er diverse redenen zijn om te vrezen dat het uitgangspunt dat advocaten alleen het belang van hun cliënt behoren te dienen, naïef is. Er zijn theoretische rechtseconomische en empirische redenen om te denken dat advocaten wel degelijk hun eigen belang zullen nastreven, en er zijn psychologische en gedrageconomische redenen om te betwijfelen of advocaten die dat willen, wel in staat zijn om het belang van hun cliënt goed te dienen.

LITERATUUR

Babcock e.a. 1995

L. Babcock e.a., 'Forming Beliefs about Adjudicated Outcomes: Perceptions of Risk and Reservation Values', (15) *International Review of Law and Economics* 1995, p. 289-303.

Babcock, Loewenstein & Issacharoff 1997

L. Babcock, G. Loewenstein & S. Issacharoff, 'Creating Convergence: Debiasing Biased Litigants', (22) *Law & Society Inquiry* 1997, p. 913-925.

Baker & Silver 2011

L.A. Baker & C. Silver, 'Fiduciary Duties and Fees: Preliminary Thoughts', (79) *Fordham Law Review* 2011, p. 1833-1867.

Bar-Gill 2005

O. Bar-Gill, 'The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation', (22) *The Journal of Law, Economics, & Organization* 2006, p. 490-507.

Barendrecht & Weterings 2000

J.M. Barendrecht & W.C.T. Weterings, 'Rechtshulp: een groot goed met schadelijke bijwerkingen', (80) *Advocatenblad* 2000, p. 435-451.

Van den Bergh 2008a

R.J. van den Bergh, 'Towards Better Regulation of the Legal Professions in the European Union', RILE Working Paper 2008/07 (in Italiaanse vertaling gepubliceerd als 'Verso una migliore regolazione europea delle professioni legali', *Mercato Concorrenza Regole* 2008, p. 41-74).

Van den Bergh 2008b

R.J. van den Bergh, 'De maatschappelijke wenselijkheid van gedragscodes vanuit rechtseconomisch perspectief', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* 2008, p. 792-798.

Clermont & Currivan 1978

K.M. Clermont & J.D. Currivan, 'Improving the Contingent Fee', (63) *Cornell Law Review* 1978, p. 529-639.

Coase 1994

R.H. Coase, *Essays on Economics and Economists*, Chicago: University of Chicago Press 1994.

Curran 1998

C. Curran, 'Regulation of the Professions', in: P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Volume 3, London: Macmillan 1998, p. 247-254.

Daicoff 1997

S.S. Daicoff, 'Lawyer, Know Thyself: A Review of Empirical Research on Attorney Attributes Bearing on Professionalism', 46 *The American University Law Review* 1997, p. 1337-1427.

Daicoff 2004

S.S. Daicoff, *Lawyer, Know Thyself: A Psychological Analysis of Personality Strengths and Weaknesses*, Washington DC: American Psychological Association 2004.

Dana & Spier 1993

J.D. Dana & K.E. Spier, 'Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation', (9) *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1993, p. 349-367.

Danzon 1983

P.M. Danzon, 'Contingent Fees for Personal Injury Litigation', (14) *The Bell Journal of Economics* 1983, p. 213-224.

Danzon & Lillard 1983

P.M. Danzon & L. Lillard, 'Settlement Out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims', (12) *The Journal of Legal Studies* 1983, p. 345-377.

DeMott 1998

D.A. DeMott, 'The Lawyer as Agent', (67) *Fordham Law Review* 1998, p. 301-326.

Eisenberg 1994

T. Eisenberg, 'Differing Perceptions of Attorney Fees in Bankruptcy Cases', (72) *Washington University Law Quarterly* 1994, p. 979-996.

Eisenhardt 1989

K.M. Eisenhardt, 'Agency Theory: An Assessment and Review', (14) *The Academy of Management Review* 1989, p. 57-74.

Emons 2000

W. Emons, 'Expertise, contingent fees, and insufficient attorney effort', (20) *International Review of Law and Economics* 2000, p. 21-32.

Emons & Garoupa 2006

W. Emons & N. Garoupa, 'US-style contingent fees and UK-style conditional fees: agency problems and the supply of legal services', (27) *Managerial and Decision Economics* 2006, p. 379-385.

Faure, Hartlief & Philipsen 2006

M. Faure, T. Hartlief & N. Philipsen, *Resultaatgerichte beloningssystemen voor advocaten. Een vergelijkende beschrijving van beloningssystemen voor advocaten in een aantal landen van de Europese Unie en Hong Kong*, Den Haag: WODC/Ministerie van Justitie 2006.

Fisher 2004

K.R. Fisher, 'The Higher Calling: Regulation of Lawyers Post-Enron', (37) *University of Michigan Journal of Law Reform* 2004, p. 1017-1144.

Friedman 1953

M. Friedman, 'The Methodology of Positive Economics', in: *Essays in Positive Economics*, Chicago: University of Chicago Press 1953.

Garoupa & Gomez-Pomar 2008

N. Garoupa & F. Gomez-Pomar, 'Cashing by the Hour: Why Large Law Firms Prefer Hourly Fees over Contingent Fees', (24) *The Journal of Law, Economics, & Organization* 2008, p. 458-475.

Gravelle & Waterson 1993

H. Gravelle & M. Waterson, 'No Win, No Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees', (103) *The Economic Journal* 1993, p. 1205-1220.

Gross 2006

L.E. Gross, 'Are Differences Among the Attorney Conflict of Interest Rules Consistent with Principles of Behavioral Economics?', (19) *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2006, p. 111-154.

Halpern & Turnbull 1983

P.J. Halpern & S.M. Turnbull, 'Legal Fees Contracts and Alternative Cost Rules: An economic analysis', (3) *International Review of Law and Economics* 1983, p. 3-26.

Hay 1996

B.L. Hay, 'Contingent Fees and Agency Costs', (25) *The Journal of Legal Studies* 1996, p. 503-533.

Hay 1997

B.L. Hay, 'Contingent Fees, Principal-Agent Problems, and the Settlement of Litigation', (23) *William Mitchell Law Review* 1997, p. 43-79.

Helland & Tabarrok 2003

E. Helland & A. Tabarrok, 'Contingency Fees, Settlement Delay, and Low-Quality Litigation: Empirical Evidence from Two Datasets', (19) *The Journal of Law, Economics, & Organization* 2003, p. 517-542.

Johnson 1980

E. Johnson Jr., 'A Theoretical Appraisal of Litigation Investment Decisions', (15) *Law & Society Review* 1980, p. 567-610.

Kanning & Kerkmeester 2008

W. Kanning & H.O. Kerkmeester, *Economie en recht*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2008.

Kerkmeester 2000

H.O. Kerkmeester, 'Methodology: General', in: B. Bouckaert & G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 383-401.

Korobkin & Guthrie 1994

R.B. Korobkin & C. Guthrie, 'Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach', (93) *Michigan Law Review* 1994, p.107-192.

Korobkin & Guthrie 1997

R. B. Korobkin & C. Guthrie, 'Psychology, Economics, and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer', (76) *Texas Law Review* 1997, p.77-141.

Korobkin & Ulen 2000

R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', (88) *California Law Review* 2000, p. 1051-1144.

Korobkin 2006

R.B. Korobkin, 'Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice', (21) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 2006, p. 281-327.

Kritzer e.a. 1985

H.M. Kritzer e.a., 'The Impact of Fee Arrangement on Lawyer Effort', (19) *Law & Society Review* 1985, p. 251-278.

Kritzer 1997

H.M. Kritzer, 'Contingency Fee Lawyers as Gatekeepers in the Civil Justice System', (81) *Judicature* 1997, p. 22-29.

Kritzer 1998

H.M. Kritzer, 'The Wages of Risk: The Return of Contingency Fee Legal Practice', (47) *DePaul Law Review* 1998, p. 267-320.

Kritzer 2002

H.M. Kritzer, 'Lawyer Fees and Lawyer Behavior in Litigation: What Does the Empirical Literature Really Say?', (80) *Texas Law Review* 2002, p. 1943-1983.

Kritzer 2004

H.M. Kritzer, *Risks, Reputations, and Rewards: Contingency Fee Legal Practice in the United States*, Stanford, California: Stanford Law and Politics 2004.

Langevoort 1993

D.C. Langevoort, 'Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud', (46) *Vanderbilt Law Review* 1993, p. 75-119.

Langevoort & Rasmussen 1997

D.C. Langevoort & R.K. Rasmussen, 'Skewing the Results: The Role of Lawyers in Transmitting Legal Rules', (5) *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 1996-1997, p. 375-440.

Langevoort 1998

D.C. Langevoort, 'Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review', (51) *Vanderbilt Law Review* 1998, p. 1499-1540.

Lerman 1990

L.G. Lerman, 'Lying to Clients', (130) *University of Pennsylvania. Law Review* 1990, p. 659-760.

Levin 2009

L.C. Levin, 'Bad Apples, Bad Lawyers or Bad Decisionmaking: Lessons from Psychology and from *Lawyers in the Dock*', (22) *The Georgetown Journal of Legal Ethics* 2009, p. 1549-1594.

Levine 1998

M.E. Levine, 'Regulatory capture', in: P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Volume 3*, London: Macmillan 1998, p. 267-271.

Loewenstein 1993

G. Loewenstein e.a., 'Self-Serving Assessment of Fairness and Pretrial Bargaining', (22) *The Journal of Legal Studies* 1993, p. 135-159.

Loftus & Wagenaar 1988

E.F. Loftus & W.A. Wagenaar, 'Lawyers' predictions of success', (28) *Jurimetrics* 1988, p. 437-453.

Malsch 1990

M. Malsch, *Advocaten voorspellen de uitkomst van hun zaken*, Lisse: Swets & Zeitlinger BV 1990.

Malsch 1997

M. Malsch, 'De Uitkomst van de Zaak Voorspellen', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het Hart van de Zaak. Psychologie van het Recht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 519-532.

Malsch 2010

M. Malsch, 'Advocaten die de uitkomst van de zaak voorspellen', in: P.J. van Koppen e.d. (red.), *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 847-859.

Miceli 1994

T.J. Miceli, 'Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation?', (23) *The Journal of Legal Studies* 1994, p. 211-224.

Polinsky & Rubinfeld 2003

A.M. Polinsky & D.L. Rubinfeld, 'Aligning the Interests of Lawyers and Clients', (5) *American Law and Economics Review* 2003, p. 165-188.

Posner 2003

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6th Edition, New York: Aspen Publishers 2003.

Rachlinski 1996

J.J. Rachlinski, 'Gains, Losses, and the Psychology of Litigation', (70) *Southern California Law Review* 1996, p. 113-186.

Ribstein 1998

L.E. Ribstein, 'Ethical Rules, Agency Costs, and Law Firm Structure', (84) *Virginia Law Review* 1998, p. 1707-1759.

Richard 1993

L. Richard, 'The Lawyer Types', (79) *American Bar Association Journal* 1993, p. 74-80.

Richard 2008

L. Richard, 'Herding cats: The lawyer personality revealed', (7) *Law Pro* 2008, p. 2-5.

Rickman 1999

N. Rickman, 'Contingent fees and litigation settlement', (19) *International Review of Law and Economics* 1999, p. 295-317.

Rotunda 2011

R.D. Rotunda, 'Why Lawyers Are Different and Why We Are The Same: Creating Structural Incentives in Large Law Firms to Promote Ethical Behavior - In-House Ethics Counsel, Bill Padding, and In-House Ethics Training', (44) *Akron Law Review* 2011, p. 679-726.

Rubin 1985

P.H. Rubin, 'Some Notes on Methodology in Law and Economics', (7) *Research in Law and Economics* 1985, p. 29-39.

Sacconi 2011

L. Sacconi, 'The case against lawyers' contingent fees and the misapplication of principal-agent models', (32) *European Journal of Law and Economics* 2011, p. 263-292.

Shajnfeld 2010

A. Shajnfeld, 'A Critical Survey of the Law, Ethics, and Economics of Attorney Contingent Fee Arrangements', (54) *New York Law School Law Review* 2010, p. 773-809.

Snyder & Hughes 1990

E.A. Snyder & J.W. Hughes, 'The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory', (6) *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1990, p. 345-380.

Stephen, Love & Rickman 2012

F.H. Stephen, J.H. Love & N. Rickman, 'Regulation of the legal profession', in: R.J. van den Bergh & A.M. Paccès (eds.), *Regulation and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*, second edition, Cheltenham, UK: Edward Elgar 2012, p. 647-677.

Stiglitz 2008

J. Stiglitz, 'Principal and Agent (ii)', in: S.N. Durlauf & L.E. Blume (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2008, www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_P000183.

Tata 2007

C. Tata, 'In the Interests of Clients or Commerce? Legal Aid, Supply, Demand, and "Ethical Indeterminacy" in Criminal Defence Work', (34) *Journal of Law and Society* 2007, p. 489-519.

Ulen 2000

T.S. Ulen, 'Rational Choice Theory in Law and Economics', in: B. Bouckaert & G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 790-818.

Veljanovski 2007

C.G. Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

Zacharias 2009

F.C. Zacharias, 'The Myth of Self-Regulation', (93) *Minnesota Law Review* 2009, p. 1147-1190.

Zamir & Ritov 2011

E. Zamir & I. Ritov, 'Notions of Fairness and Contingent Fees', (74) *Law and Contemporary Problems* 2011, p. 1-32.

38 WET DEELGESCHILPROCEDURE DRIE JAAR

LATER

M.A. Tuls

SAMENVATTING

Op 1 juli 2010 is de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade in werking getreden. Deze wet geeft partijen een extra instrument in handen om vastgelopen onderhandeling vlot te trekken. Door de komst van deze wet is het voor partijen mogelijk geworden om een uitspraak te verkrijgen over een bepaald geschilpunt waarover partijen het niet eens kunnen worden. De bedoeling van de wetgever is dat onderhandelingen na de uitspraak opgepakt worden. Voor de inwerkingtreding van de wet heb ik onderzoek gedaan naar de verwachtingen binnen de rechtspraktijk over de effecten en doelmatigheid van de deelgeschilprocedure. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat de rechtspraktijk zich geheel kon vinden in de doelstellingen van de wetgever. Toch werden er ook zorgen geuit over de komst van de Wet Deelgeschilprocedure. Zijn er wel voldoende gespecialiseerde rechters beschikbaar? Wordt er een uniform beleid gevoerd? Is de deelgeschilprocedure wel geschikt voor complexe en omvangrijke geschilpunten? We zijn inmiddels drie jaar verder en er is veelvuldig gebruikgemaakt van de Wet deelgeschilprocedure. In deze bijdrage zal worden ingegaan op de vraag of de verwachtingen uit 2010 zijn uitgekomen en of de doelstellingen van de wetgever zijn bereikt.

1 INLEIDING

1.1 De Wet deelgeschilprocedure in vogelvlucht

Het overgrote deel van de personenschadezaken wordt buitengerechtelijk afgewikkeld.¹ Dit betekent echter niet dat de afwikkeling van letsel- en overlijdensschade altijd efficiënt verloopt. De complexiteit van letselschadezaken leidt ertoe dat onderhandelingen jaren in beslag kunnen nemen. Ter bestrijding van de problemen die zich bij de afwikkeling van letsel- en overlijdensschade voordoen, heeft de wetgever op 1 juli 2010 de Wet deelgeschil-

¹ Naar schatting van Weterings komt ongeveer 1 tot 5% van alle letselschadeclaims bij de rechter terecht. Zie Weterings 2004, p. 20.

procedure voor letsel- en overlijdensschade² in het leven geroepen. De wet geeft partijen een extra instrument ter doorbreking van een impasse in de buitengerechtelijke onderhandelingen.

De wet bepaalt dat zowel een persoon die schade lijdt door dood of letsel, als degene die daarvoor aansprakelijk wordt gehouden de rechter kan verzoeken te beslissen over een geschilpunt als de beëindiging daarvan kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.³ Partijen kunnen zowel zelfstandig als op gezamenlijk initiatief een dergelijk verzoek bij de (kanton)rechter neerleggen. Het verzoek dient betrekking te hebben op een geschilpunt ('deelgeschil') dat partijen verdeeld houdt. Het begrip 'deelgeschil' is in de wet ruim omschreven. In de deelgeschilprocedure kunnen in beginsel procedurele aspecten van de buitengerechtelijke afwikkeling van letsel- en overlijdensschadegevallen aan de orde komen. Deze procedurele aspecten kunnen bijvoorbeeld gaan over de wijze van informatieverstrekking, inschakeling van deskundigen of medewerking aan verdere medische onderzoeken.⁴ Daarnaast kunnen ook materieelrechtelijke (deel)vragen aan de orde komen.⁵ Dit zijn vragen betreffende de juridische verhouding waarover partijen in onderhandeling zijn, zoals aansprakelijkheid, causaliteit, relativiteit, eigen schuld of vergoeding van buitengerechtelijke kosten.⁶ De rechter dient bij zijn beslissing de investering in tijd, geld en moeite van de deelgeschilprocedure af te wegen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren.⁷ Tegen een rechterlijke beslissing in een deelgeschil staat geen hoger beroep open.

Het kostenmodel van de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade kent een bijzondere structuur. Artikel 1019aa Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) vormt de grondslag van het kostenmodel. Het artikel bepaalt dat bij de behandeling van het verzoek de rechter in de beschikking de kosten begroot aan de zijde van de persoon die schade door dood of letsel lijdt. De rechter neemt daarbij alle redelijke kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW in aanmerking. Dit betekent dat een benadeelde partij de (redelijke) kosten die betrekking hebben op de deelgeschilprocedure vergoed kan krijgen van de aansprakelijke partij tegen het vergoedingsregime van de buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 BW, mits aansprakelijkheid vaststaat. Dit is zelfs het geval indien de benadeelde in het ongelijk wordt gesteld in de deelgeschilprocedure. De verzekeraar dient

2 Hierna te noemen: Wet deelgeschilprocedure. De regeling is opgenomen in art. 1019w tot en met 1019cc Rv.

3 Art. 1019w Rv.

4 Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 19 (MvT).

5 Art. 1019cc lid 1 Rv.

6 Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 19 (MvT).

7 Art. 1019w Rv. Zie Kamerstukken II 2008/09, 31 358, nr. 8, p. 9.

aldus niet alleen zijn eigen kosten te dragen, maar ook de in redelijkheid gemaakte (redelijke) kosten van de benadeelde, zelfs wanneer hij in het gelijk wordt gesteld door de deelgeschilrechter.

De wet bepaalt dat indien partijen er na de deelgeschilprocedure niet uitkomen en de onderhandelingstafel wordt gevolgd door een bodemprocedure, de verzekeraar gehouden blijft tot vergoeding van de werkelijke kosten van de deelgeschilprocedure. De kosten verschieten aldus niet van kleur wanneer een bodemgeschil volgt (art. 1019aa lid 2 Rv). Tot slot bepaalt artikel 1019aa lid 3 Rv dat artikel 289 Rv (veroordeling in de proceskosten bij een eindbeschikking) niet van toepassing is.

Op grond van artikel 1019aa Rv begroot de rechter in beginsel in elk deelgeschil de kosten aan de zijde van de benadeelde. Een uitzondering wordt gemaakt indien blijkt dat het verzoek volstrekt onnodig of onterecht is ingediend. In die situatie staat het de rechter vrij om de kosten niet te begroten. Wanneer de rechter een verzoek in een deelgeschilprocedure om andere redenen afwijst, begroot deze desalniettemin de kosten aan de zijde van de benadeelde. De rechter kan een verzoek in een deelgeschilprocedure afwijzen op inhoudelijke gronden, bijvoorbeeld wanneer aansprakelijkheid niet komt vast te staan in de deelgeschilprocedure. De rechter kan een verzoek ook afwijzen voor zover de verzochte beslissing naar zijn oordeel onvoldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst (art. 1019z Rv). De investering in tijd, geld en moeite wordt hierbij afgewogen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren.⁸

1.2 *Deze bijdrage*

Vóór de inwerkingtreding van de wet heb ik onderzoek verricht naar de presumpties en mogelijke effecten van de wet.⁹ Naast literatuuronderzoek zijn aan de hand van vaste vragenlijsten individuele interviews afgenomen bij dertien sleutelfiguren in de letselschadebranche, te weten: vier belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden, drie advocaten aan de zijde van verzekeraars, twee schaderegelaars bij diverse aansprakelijkheidsverzekeraars, de directeur van de Stichting Personenschade Instituut voor Verzekeraars (PIV) en drie rechters. Hoewel geen sprake was van een breed opgezet kwalitatief onderzoek, leverden de interviews een indicatie op van de verwachtingen in de letselschadepraktijk over de werking en knelpunten van de deelgeschilprocedure. De inwerkingtreding van de wet ligt inmiddels bijna drie jaar achter ons. Om deze reden heb ik besloten in kaart te

⁸ Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 18.

⁹ Tuls 2011, p. 191-209.

brenge in welke mate de veronderstellingen bij de wetgever en de rechtspraak in 2010 zijn uitgekomen. Alvorens in paragraaf 4 tot beantwoording van deze centrale vraag te komen, zal eerst in paragraaf 2 aan bod komen wat de doelen van de wet waren en wat de veronderstelling van de wetgever was over hoe partijen zouden handelen en zouden omgaan met de wet. In paragraaf 3 zullen vervolgens de veronderstellingen van de rechtspraak voorafgaande aan de inwerkingtreding over de effecten, de doelbereiking en de nadelen van de wet worden toegelicht.

2 DOELEN VAN DE WET EN VERONDERSTELLINGEN VAN DE WETGEVER BIJ INVOERING

De wetgever acht het buitengerechtelijke onderhandelingstraject bij de afhandeling van personenschade van groot belang, aangezien slechts 1 tot 5% van de zaken uiteindelijk aan de rechter wordt voorgelegd. Zowel in de maatschappij als in de politiek bestond de behoefte aan versterking en versnelling van dit buitengerechtelijke onderhandelingstraject. Deze behoefte werd mede ingegeven door het feit dat het langdurige onderhandelingstraject door slachtoffers en nabestaanden als erg belastend wordt ervaren. Voornoemde redenen hebben ertoe geleid dat de wetgever de deelgeschilprocedure in het leven heeft geroepen. De belangrijkste doelstelling van de wet is derhalve het versterken en versnellen van het buitengerechtelijke onderhandelingstraject bij letsel- en overlijdensschade in algemene zin.¹⁰

De bij de afhandeling van letsel- en overlijdensschade betrokken partijen krijgen met de deelgeschilprocedure een extra instrument in handen ter doorbreking van een impasse in de buitengerechtelijke onderhandelingen. Met dit aanvullende instrument dient de toegang tot de rechter te worden verbeterd.¹¹ De deelgeschilprocedure moet het namelijk mogelijk maken om op snelle en eenvoudige wijze een rechterlijke uitspraak te verkrijgen. De uitspraak over een deelgeschil zou vervolgens een bijdrage moeten leveren aan een vlotte en soepele totstandkoming van een minnelijke regeling. Tevens wordt met de deelgeschilprocedure beoogd de rechtsontwikkeling te stimuleren, zodat daarvan in toekomstige zaken kan worden geprofiteerd.¹²

De wetgever gaat ervan uit dat belangenbehartigers (zowel aan de zijde van het slachtoffer als aan de zijde van de aansprakelijke partij) een deelgeschilprocedure zullen starten op het moment dat de onderhandelingen vastlopen op één of meerdere (deel)geschilpunten.

¹⁰ Kamerstukken II 2007/08, 31, 518, nr. 3, p. 2 (MvT).

¹¹ Kamerstukken II 2007/08, 31, 518, nr. 3, p. 2 (MvT).

¹² Kamerstukken II 2007/08, 31, 518, nr. 3, p. 3 (MvT).

De wetgever verwacht dat met de deelgeschilprocedure voorkomen kan worden dat zaken ‘ontsporen’ doordat partijen de mogelijkheid hebben om in een vroeg stadium een geschilpunt op eenvoudige wijze aan de rechter voor te leggen.¹³ De wetgever verwacht dat zo voorkomen kan worden dat standpunten verharderen. Door de komst van de deelgeschilprocedure verwacht de wetgever dat partijen zich niet meer blindstaren op een aantal deelgeschillen, zodat voorkomen kan worden dat partijen de kern van de zaak uit het oog verliezen. De verhouding tussen partijen zal naar verwachting verbeteren zodra er duidelijkheid is omtrent een deelgeschil.

De wetgever verwacht verder dat door de komst van de deelgeschilprocedure partijen minder snel geneigd zullen zijn een zaak in zijn geheel aan de rechter voor te leggen in een bodemprocedure.¹⁴ Deze verwachting is gebaseerd op de gedachte dat de bodemprocedures die vóór de komst van de deelgeschilprocedure werden ingesteld indien partijen er met betrekking tot een bepaald deelgeschil (bijvoorbeeld een schadepost) na jaren onderhandelen toch niet uitkwamen, nauwelijks nog zullen voorkomen. Na de introductie van de deelgeschilprocedure zullen partijen in dit soort gevallen namelijk voor de deelgeschilprocedure in plaats van een bodemprocedure kiezen. Op deze wijze wordt een onnodige vertraging van de afwikkeling voorkomen.

Tevens veronderstelt de wetgever dat de capaciteit binnen de rechterlijke macht door de komst van de deelgeschilprocedure beter kan worden besteed.¹⁵ De wetgever gaat ervan uit dat een uitbreiding van de rechterlijke macht niet nodig zal zijn, omdat de rechterlijke macht beter kan worden ingezet door een verwachte afname aan complexe bodemprocedures.

Voor de komst van de deelgeschilprocedure kwam het volgens de wetgever nog wel eens voor dat een slachtoffer tegen zijn zin toegaf en akkoord ging met een schikking, omdat hij moe was van jarenlange onderhandelingen. De kans dat deze situatie zich na de komst van de deelgeschilprocedure zal voordoen, is volgens de wetgever zeer klein, omdat het slachtoffer de mogelijkheid heeft om een deelgeschil aan de rechter voor te leggen.¹⁶ Verondersteld wordt dat op deze wijze de positie van het slachtoffer wordt versterkt.

13 Kamerstukken II 2007/08, 31, 518, nr. 3, p. 2-3 (MvT).

14 Kamerstukken II 2008/09, 31, 518, nr. 8, p. 3.

15 Kamerstukken II 2007/08, 31, 518, nr. 3, p. 3 (MvT).

16 Kamerstukken II 2009/10, 31, 518-C, p. 3 (MvA).

3 VERONDERSTELLINGEN IN DE PRAKTIJK BIJ DE INVOERING

In 2010 heb ik onderzoek gedaan naar de veronderstellingen binnen de rechtspraktijk over de effecten en doelmatigheid van de deelgeschilprocedure. Deze veronderstellingen zullen hierna besproken worden.

3.1 *Werking in grote mate afhankelijk van voldoende gespecialiseerde rechters*

Binnen de rechtspraktijk werd verwacht dat er door de komst van de deelgeschilprocedure aanzienlijk meer geschillen aan de rechter zouden worden voorgelegd dan voorheen in letselschadezaken het geval was. Daarentegen bleek op dat moment niet dat er extra middelen (geld of personeel) binnen de rechterlijke macht zouden worden ingezet om de toestroom van zaken op te vangen. De verwachting binnen de rechtspraktijk was dat er onvoldoende gespecialiseerde rechters beschikbaar zouden zijn om de kwaliteit van uitspraken, alsmede een snelle doorlooptijd van de deelgeschilprocedure te waarborgen. Indien de kwaliteit niet gewaarborgd kan worden, kan dit leiden tot de situatie dat partijen geen vertrouwen (meer) hebben in de uitspraak van de rechter. In combinatie met het ontbreken van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen kan dit bij partijen een beangstigende gedachte teweegbrengen. De mogelijkheid bestaat namelijk dat partijen bij een kwalitatief onbevredigende uitspraak alsnog de zaak in volle omvang aan de rechtbank voorleggen in een bodemprocedure. Verwacht werd dan ook dat de werking van de deelgeschilprocedure zou vallen of staan met de ervaring en specialisatie van de rechter, alsmede met de wijze waarop de rechterlijke macht invulling geeft aan de procedure.

3.2 *Geen uniform beleid van rechters: mogelijkheid tot forumshoppen*

Voor de inwerkingtreding van de wet werd van groot belang geacht dat rechters een uniform beleid zouden voeren met betrekking tot de wijze waarop invulling gegeven wordt aan de deelgeschilprocedure. Vanuit de rechtspraktijk werd aangegeven dat verwacht werd dat van een uniform beleid geen sprake zou zijn. In de memorie van toelichting wordt diverse malen benadrukt dat het toepassingsgebied van de deelgeschilregeling erg ruim is. De voorwaarde is dat het deelgeschil betrekking moet hebben op personenschade en dat een uitspraak in de deelgeschilprocedure kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Door deze ruime formulering komt de rechter een grote beoordelingsvrijheid toe bij de beslissing of een verzoek om een deelgeschilbeslissing in behandeling wordt genomen. Bij deze beslissing moet de rechter de investering in tijd, geld en moeite van de deelgeschilprocedure afwegen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die

een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren.¹⁷ Indien rechters op geheel verschillende wijzen invulling geven aan de deelgeschilprocedure, kan dit ten koste gaan van de rechtszekerheid en rechtseenheid.

Het gevolg van deze grote mate van beleidsvrijheid van rechters kan zijn dat partijen strategische overwegingen betrekken bij de keuze voor een rechter: forumshoppen dus. Het maken van strategische keuzes voor een rechtbank is mogelijk indien meerdere rechtbanken relatief bevoegd zijn van het verzoek kennis te nemen. Indien een verzoek betrekking heeft op een dagvaardingsprocedure, dienen de competentieregels van die procedure te worden gevolgd. Zo kan het voorkomen dat bijvoorbeeld de competentieregels van de WAM moeten worden gevolgd. Op basis van artikel 6 WAM is relatief bevoegd de rechtbank van het arrondissement waarin de benadeelde woont, hetzij waar de aansprakelijke partij of diens verzekeraar woont of zetelt, alsmede waar het ongeval heeft plaatsgevonden. In dat geval kan er derhalve tussen meerdere rechtbanken gekozen worden. Forumshoppen werd door de rechtspraak niet als wenselijk ervaren, aangezien één van de partijen hierdoor benadeeld kan worden. Een en ander werd, in combinatie met het ontbreken van de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan, niet bevorderlijk geacht voor de kwaliteit van de rechtspraak. Zeker omdat artikel 1019x lid 2 Rv bepaalt dat indien een van de partijen reeds eerder een deelgeschilprocedure aanhangig heeft gemaakt, het verzoek wordt gedaan aan de rechter die het eerdere verzoek heeft behandeld of laatstelijk heeft behandeld.

3.3 *Interne financiering mogelijk van invloed*

Tijdens het onderzoek in 2010 is de verwachting uitgesproken dat de interne financiering binnen rechtbanken van invloed zou kunnen zijn op de beslissing om een deelgeschilverzoek al dan niet in behandeling te nemen. In het geval dat rechtbanken voor een deelgeschilprocedure eenzelfde vergoeding krijgen als voor de bodemprocedure zou dit (onbewust) effect kunnen hebben op de wijze waarop rechters een verzoek wel of niet in behandeling nemen.

3.4 *Niet geschikt voor complexe en omvangrijke materiële geschilpunten*

Tevens is in het onderzoek de presumptie geformuleerd dat complexe, omvangrijke materiële geschilpunten niet geschikt zijn voor een behandeling in een deelgeschilprocedure. Vanuit de rechtspraak werd aangegeven dat met name geschilpunten van processuele aard, alsmede eenvoudige materiële geschilpunten die geen nadere bewijsvoering vereisen,

¹⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 358, nr. 8, p. 9.

geschikt zijn om op snelle wijze in de deelgeschilprocedure te behandelen. Het gelasten van een deskundigenbericht werd, gezien de aanzienlijke tijd die hier over het algemeen mee gemoeid is, uitgesloten voor behandeling in een deelgeschilprocedure.

3.5 *Verharding standpunten*

Binnen de rechtspraktijk bestond de verwachting dat partijen, met name de benadeelde partij, de deelgeschilprocedure niet zouden benaderen als onderdeel van de onderhandelingsfase. Reden hiervoor is dat het een formele procedure bij de rechtbank betreft waarbij een bindende uitspraak wordt verkregen. Gezien deze elementen zal de benadeelde de deelgeschilprocedure waarschijnlijk niet anders ervaren dan een 'gewone' gerechtelijke procedure. Verwacht werd dat partijen door deze gerechtelijke procedure nog verder van elkaar verwijderd zouden raken en standpunten zouden (kunnen) verharden.

3.6 *Dreigende werking kostenvergoedingsmodel*

Uit onderzoek van Oude Hergelink is naar voren gekomen dat de benadeelde de stap naar de deelgeschilrechter gemakkelijker kan maken door het karakter van het kostenvergoedingsmodel.¹⁸ De deelgeschilprocedure levert door de aard van het kostenvergoedingsregime een aanvullende toegang tot de rechter op. Immers, de benadeelde kan indien aansprakelijkheid vaststaat een oordeel van een rechter krijgen, zonder nagenoeg enig financieel risico te lopen. Het kostenvergoedingsmodel is daarmee de motor die de deelgeschilprocedure doet lopen.

De verwachting van het merendeel van de belangenbehartigers aan de zijde van benadeelde was dat van de deelgeschilprocedure een dreigende werking uitgaat, waardoor de onderhandelingen zorgvuldiger zullen verlopen. Het karakter van het kostenvergoedingsmodel kan een beweegreden zijn voor de aansprakelijke verzekeraar om een deelgeschilprocedure te voorkomen. In zaken met een relatief klein belang kan het karakter van het kostenvergoedingsmodel de drijfveer zijn om een benadeelde meer tegemoet te komen. Het kostenvergoedingsmodel lijkt derhalve een effect te hebben op de schikkingsbereidheid van de verzekeraar. Daarnaast kan de benadeelde het zich door het kostenvergoedingsmodel gemakkelijker permitteren om de deelgeschilprocedure uit tactisch oogpunt in te zetten.

Onder enkele geïnterviewden bestond enige vrees dat het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure in de weg kan staan aan erkenning van aansprakelijkheid. Voorts verdiende het vereiste van het vaststaan van aansprakelijkheid volgens enkele

¹⁸ Oude Hergelink 2011, p. 211-229.

geïnterviewde rechters de aandacht. Zij vreesden voor de situatie waarin de deelgeschilprocedure zou worden voorgespiegeld als een methode voor de benadeelde om zonder enig financieel risico ieder vraagstuk aan de rechter voor te leggen.

Naast de daadwerkelijke aanvullende *access to justice* merkten enkele geïnterviewden op dat het kostenvergoedingsmodel de benadeelde de mogelijkheid biedt om de deelgeschilprocedure als pressiemiddel in te zetten. De lijn tussen *gebruik* en *misbruik* van de deelgeschilprocedure kan door de inzet als tactisch middel overschreden worden. Op partijen rust de verantwoordelijkheid om behoorlijk met de procedure om te gaan. De rechter wacht de moeilijke taak in te grijpen in geval van misbruik. Wat misbruik is, liet zich volgens de geïnterviewde rechters moeilijk afbakenen. De rechter kan bij vermoeden van misbruik het deelgeschilverzoek afwijzen, oordelen dat het onrechtmatig is geweest een deelgeschil aanhangig te maken of de niet-ontvankelijkheid uitspreken. De verwachting onder de geïnterviewden uit de rechterlijke macht was echter dat hier niet spoedig toe zal worden overgegaan.

3.7 *Algemene verwachting*

Er kan niet worden gesproken over een algemene verwachting over de doelmatigheid binnen de rechtspraktijk. In 2010 heerste vooral veel onduidelijkheid over de vraag op welke wijze er invulling zou worden gegeven aan de wet. Deze onduidelijkheid leidde ertoe dat men terughoudend was in het doen van uitspraken over de verwachte doelmatigheid van de wet. Verwacht werd wel dat de wet voornamelijk een uitkomst kon bieden wat betreft eenvoudige (processuele) geschilpunten. Binnen de rechtspraktijk werd gedacht dat een deelgeschilprocedure een oplossing kon zijn voor geschilpunten over bijvoorbeeld het verlenen van medewerking aan medisch onderzoek, overleggen van medische gegevens, benoeming van en vraagstelling aan een deskundige of het bepalen van de rekenrente.

4 WAT IS ER TERECHTGEKOMEN VAN DE VERWACHTINGEN?

4.1 *Inleiding*

Voor beantwoording van de vraag wat er op dit moment terecht is gekomen van de verwachting van de wetgever en rechtspraktijk zal hierna worden ingegaan op het onderzoek van Van en Akkermans uit 2011,¹⁹ en op de voor mijn vragen relevante jurisprudentie sinds de inwerkingtreding van de wet.

¹⁹ Van en Akkermans 2011, p. 82-86.

Vooraf alvast dit over het aantal deelgeschillen. Verwacht werd dat er een stortvloed van zaken aanhangig zou worden gemaakt op het moment dat de Wet deelgeschilprocedure in werking trad. In eerste instantie leek de hausse aan deelgeschillen na inwerkingtreding van de wet erg mee te vallen.²⁰ In de loop van de tijd werden er echter meer deelgeschillen aan de rechter voorgelegd. Sinds de inwerkingtreding van de wet op 1 juli 2010 hebben de rechtbanken al 213²¹ uitspraken gewezen. Blijkens het aantal uitspraken wordt er dus met regelmaat van de nieuwe wet gebruikgemaakt.

4.2 *Onderzoek Van en Akkermans*

Van en Akkermans hebben een *quick scan* uitgevoerd onder leden van de ASP.²² Hierdoor kunnen de uitkomsten van deze enquête slechts beperkt representatief worden geacht voor de letselschadebranche in zijn geheel, maar leveren zij wel een indicatie voor de effecten van de wet.

Het onderzoek van Van en Akkermans kende een respons van 47% (53 reacties). Op dat moment (peildatum 1 april 2011) waren er 39 beschikkingen in deelgeschillen gepubliceerd. De respondenten hadden in totaal 266 keer met een deelgeschilprocedure gedreigd en 84 keer een verzoekschrift ingediend. Van en Akkermans komen dan ook tot de conclusie dat de verhouding tussen het dreigen met een deelgeschil en het daadwerkelijk starten van een deelgeschilprocedure 3:1 is. Van de 84 zaken waren er 29 alsnog geschikt of om een andere reden ingetrokken en 24 zaken hadden tot een uitspraak geleid. Van 31 zaken was de afloop nog onbekend.

Uit het onderzoek van Van en Akkermans kan worden afgeleid dat het aantal gepubliceerde uitspraken (destijds 39) het ‘topje van de ijsberg is’. Vrijwel alle respondenten (51 van de 53) hadden jegens de wederpartij wel eens gedreigd met het indienen van een verzoekschrift tot het starten van een deelgeschilprocedure. Het betrof een totaal van 266 keer; een gemiddelde van vijf keer per respondent. Deze cijfers afgezet tegen het aantal malen dat een deelgeschilprocedure daadwerkelijk werd opgestart (84 maal), rechtvaardigt dan ook de conclusie dat de Wet deelgeschilprocedure een groter effect heeft op de letselschadebranche dan het aantal gepubliceerde uitspraken laat zien. Van en Akkermans merken in dit kader wel op dat uit de resultaten van de enquête bleek dat dreiging met een deelgeschilprocedure – voor belangenbehartigers aan de zijde van de benadeelde – niet altijd tot het gewenste resultaat had geleid. In 3% van de gevallen leidde dreiging tot geen, en in 32%

²⁰ De Groot 2011, p. 41-49.

²¹ Op basis van de gepubliceerde uitspraken op www.rechtspraak.nl d.d. 10 maart 2013.

²² Van en Akkermans 2011, p. 82-86.

van de gevallen tot onvoldoende resultaat (in de ogen van respondenten). In 23% van de gevallen was de uitkomst nog onbekend. Echter, in 19% van de gevallen had dreiging met een deelgeschilprocedure geleid tot de situatie dat de wederpartij volledig instemde met het standpunt van de belangenbehartiger aan de zijde van de benadeelde. In 23% van de gevallen stemde de wederpartij gedeeltelijk in met het standpunt van de belangenbehartiger en werd vervolgens afgezien van een deelgeschilprocedure of werd de zaak op een andere manier opgelost. Dit betekent dat in 42% van de gevallen een stap gemaakt kon worden en de afwikkeling van de letselschadezaak dichterbij werd gebracht. Dit percentage ligt alsnog aanzienlijk hoger dan de gevallen waarin door de belangenbehartiger na dreiging daadwerkelijk een deelgeschilprocedure werd gestart (32%).

Voorts wordt door Van en Akkermans naar aanleiding van de enquête opgemerkt dat verzekeraars terughoudend zijn in het opstarten van een deelgeschilprocedure. In 86% van de gevallen kwam het initiatief tot het starten van een deelgeschilprocedure van de advocaat van de benadeelde; in 2% van de gevallen kwam het initiatief van de advocaat van de aangesproken partij. In 12% van de gevallen werd het verzoekschrift op gezamenlijk verzoek ingediend. Van en Akkermans geven als redenen voor de terughoudende houding van de verzekeraars 'koudwatervrees' en de aard van het in paragraaf 1 beschreven kostenvergoedingsmodel. De deelgeschilprocedure is door het kostenvergoedingsregime aantrekkelijk voor de benadeelde, terwijl het voor verzekeraars mogelijk een relatief duur middel is ten opzichte van buitengerechtelijk dooronderhandelen. De verwachting in 2010 binnen de rechtspraktijk dat de deelgeschilprocedure vanwege het kostenvergoedingsmodel voornamelijk op initiatief van (de advocaat van) de benadeelde zal worden gestart, blijkt dan ook te zijn uitgekomen.

Van en Akkermans hebben tevens onderzoek verricht naar de kosten van het deelgeschil. Uit de enquête blijkt dat nagenoeg alle respondenten het uurtarief baseren op de ASP-staffel. Dit is ook niet meer dan begrijpelijk, aangezien alle respondenten aangesloten zijn bij de ASP. In zaken waarin de deelgeschilprocedure voortijdig is beëindigd, bleek de verzekeraar in 50% van de gevallen de buitengerechtelijke kosten conform het verzoek (ASP-staffel) te hebben vergoed. In 30% van de gevallen is gematigd tot een uurtarief van meer dan € 200. In 5% van de situaties werd het uurtarief gematigd tot een uurtarief tot € 200. In 15% waren de uitkomsten anders dan wel onbekend.²³

Hoewel het onderzoek van Van en Akkermans gelet op het aantal en de achtergrond van de respondenten (louter ASP-leden) slechts als beperkt representatief kan worden aangemerkt, levert het wel een waardevolle indicatie op van de effecten van de deelgeschilproce-

23 Van en Akkermans 2011, p. 85.

dure in de eerste periode na de inwerkingtreding van de wet. Het effect van (dreiging met) de deelgeschilprocedure lijkt aanzienlijk groter te zijn dan het aantal gewezen beschikkingen. Deze verwachting van de rechtspraak wordt hiermee dan ook bevestigd.

4.3 *De jurisprudentie*

Op verzoek van de benadeelde

Naast het onderzoek van Van en Akkermans kan ook de jurisprudentie een indicatie opleveren van de effecten van de deelgeschilprocedure. Wat bij de bestudering van de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken allereerst opvalt, is dat de deelgeschilprocedure in nagenoeg alle gevallen op verzoek van de benadeelde wordt ingesteld. In het onderzoek in 2010 onder de sleutelfiguren binnen de letselschadebranche kwam dit niet naar voren. Ook de wetgever ging ervan uit dat de deelgeschilprocedure zowel op verzoek van de benadeelde als op verzoek van de aansprakelijke partij (of diens verzekeraar) zou worden ingesteld. Verzekeraars blijken in de praktijk echter terughoudend te zijn met het inzetten van de deelgeschilprocedure. Daarnaast wordt de procedure zelden gestart op gezamenlijk verzoek van beide partijen. Dit zou verklaard kunnen worden doordat de procedure voor de benadeelde als extra belastend wordt beschouwd. Wellicht zorgt ook het kostenvergoedingsmodel voor terughoudendheid bij de verzekeraar.

Verschillende benadering rechters t.a.v. deelgeschillen

In 2010 werd door de rechtspraak aangegeven dat het begrip ‘deelgeschil’ te ruim is geformuleerd, zodat rechters op verschillende wijze invulling zouden kunnen geven aan het begrip ‘deelgeschil’. Een en ander zou kunnen resulteren in forumshopping. Of van forumshoppen sprake is, heb ik niet kunnen vaststellen. De gepubliceerde uitspraken lijken echter wel te bevestigen dat rechters op verschillende wijze omgaan met beantwoording van de vraag of sprake is van een deelgeschil.

Voor het aanbrengen van een deelgeschil is nodig dat de verzochte beslissing bij kan dragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De deelgeschilrechter komt met grote regelmaat tot de conclusie dat het verzoek niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.²⁴ De rechter verklaart verzoeker in een dergelijke situatie niet-ontvankelijk of wijst het verzoek af op de grond dat er geen sprake is van een deelgeschil. De argumentatie die hiervoor wordt gehanteerd, is grofweg onder te verdelen in de volgende drie aspecten.

²⁴ Dit wordt bevestigd door Oskam 2012, p. 28.

a) Geen of onvoldoende onderhandelingen gevoerd

Voor beoordeling van de vraag of een beslissing al dan niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst is van belang in welke onderhandelingsfase partijen zich bevinden. De discussie hieromtrent doet zich vaak voor aan het begin van het onderhandelingstraject. Dit wordt mede ingegeven doordat artikel 1019 lid 3 Rv bepaalt dat het verzoekschrift een zakelijk overzicht van de inhoud en het verloop van de onderhandelingen over de vordering dient te bevatten. Dit vereiste impliceert dat partijen een serieuze poging moeten doen om in onderling overleg tot overeenstemming te komen, alvorens het geschil aan de deelgeschilrechter kan worden voorgelegd.

In zaken waarin nog geen noemenswaardige onderhandelingen zijn gevoerd, wordt veelal het verweer gehanteerd dat geen sprake is van een deelgeschil omdat de beslissing niet kan leiden tot een vaststellingsovereenkomst aangezien er nog veel andere geschilpunten bestaan waar partijen nog geen overeenstemming over hebben bereikt, alsmede dat partijen onvoldoende hebben geprobeerd in onderling overleg tot een vergelijk te komen.

In het algemeen wordt geoordeeld dat de omstandigheid dat partijen geen noemenswaardige onderhandelingen hebben gevoerd, niet in de weg hoeft te staan aan behandeling van een verzoek in een deelgeschilprocedure.²⁵ Rechtbanken hebben in een aantal zaken geoordeeld dat het enkele feit dat partijen geen noemenswaardige onderhandelingen hebben gevoerd, onvoldoende wordt geacht om een verzoek af te wijzen.²⁶ In veel gevallen betreft het de aansprakelijkheidsvraag, aangezien dit geschil zich direct aan het begin van het minnelijke traject voordoet. Een beslissing op dit verzoek kan er juist voor zorgen dat de buitengerechtelijke onderhandelingen op gang komen. In het algemeen wordt door rechters onderkend dat juist het feit dat partijen van mening verschillen over de aansprakelijkheid, een forse drempel kan zijn voor het op gang komen van de onderhandelingen.²⁷ Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat doorgaans moet worden aangetoond dat de verzoeker voldoende moeite heeft gedaan om de onderhandelingen op gang te brengen en dat partijen voldoende de mogelijkheid hebben gehad om in onderhandeling te treden.²⁸

Desalniettemin zorgt het feit dat tussen partijen geen onderhandelingen zijn gevoerd of het verzoek te ‘prematuur’ is in een relatief groot aantal beschikkingen tot afwijzing van het verzoek of niet-ontvankelijkheidsverklaring. Een voorbeeld hiervan is de beschikking

25 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 11 februari 2011, LJN: BP5395; Rb. Rotterdam 13 april 2011, LJN: BQ1123; Rb. Den Haag 24 oktober 2011, LJN: BU3876.

26 Zie Rb. Arnhem 10 januari 2011, LJN: BP2911; Ktg. Eindhoven 14 juni 2011, LJN: BQ9268.

27 Zie bijv. Ktg. Utrecht 10 augustus 2011, LJN: BT8679.

28 Zie bijv. Rb. Arnhem 14 november 2011, LJN: BU 6757.

van de Kantonrechter Dordrecht.²⁹ Het betrof een verzoek tot vaststelling van de aansprakelijkheid. De kantonrechter oordeelde dat sprake moet zijn van buitengerechtelijke onderhandelingen en dat een en ander moet blijken uit het verzoekschrift, wil het verzoek voor behandeling in aanmerking komen. In het verzoekschrift ontbrak echter een dergelijk overzicht. Tevens ontbrak de correspondentie waaruit de onderhandelingen zouden kunnen blijken. De kantonrechter overwoog dat de deelgeschilprocedure niet tot strekking heeft partijen tot onderhandelingen te forceren en was dan ook van oordeel dat de investering in kosten, tijd en moeite die met de gevraagde beslissing gepaard zouden gaan niet zouden opwegen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing op het verzoek aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst zou kunnen leveren. De beschikking van de Rechtbank Maastricht van 16 februari 2011 is een goed voorbeeld van een beschikking waarin de deelgeschilrechter oordeelde dat het verzoek te ‘prematuur’ was.³⁰ In deze zaak had verzoeker de deelgeschilrechter verzocht vast te stellen dat benadeelde aan zijn schadebeperkingsplicht had voldaan. De deelgeschilrechter oordeelde dat eerst aan de orde moest komen of sprake was van ongevalgerelateerde arbeidsongeschiktheid, voordat hierover kon worden beslist.

Wanneer de deelgeschilrechter de bedoeling van de wetgever in het achterhoofd houdt, zou een verzoek op basis van de omstandigheid dat er geen noemenswaardige onderhandelingen zijn gevoerd niet moeten worden afgewezen. De vaststelling van aansprakelijkheid kan er juist voor zorgen dat een impasse wordt doorbroken en dat partijen de onderhandelingen écht kunnen starten. Laatstgenoemde uitspraak van de Rechtbank Dordrecht is dan ook niet een beslissing die in mijn ogen navolging zou verdienen. Op deze wijze kan de verweerder namelijk op relatief eenvoudige wijze voorkomen dat de rechter uitspraak doet in een deelgeschil. Als er geen duidelijkheid wordt verkregen omtrent een geschilpunt, kunnen de onderhandelingen niet worden vlot getrokken en wordt het buitengerechtelijke onderhandelingstraject derhalve niet versneld. Een en ander doet afbreuk aan de effectiviteit van de deelgeschilprocedure.

b) Bereidheid tot verder onderhandelen

Voor de vraag of een verzochte beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, kan de bereidheid van partijen tot het voeren van verdere onderhandelingen een belangrijke rol spelen. Regelmatig wordt het verweer gevoerd dat geen sprake is van een deelgeschil, omdat een partij niet bereid is verder te onderhandelen en/of een partij aangeeft ongeacht de uitspraak van de deelgeschilrechter toch een bodemprocedure te zullen starten. Reden voor dit verweer kan zijn dat er weinig vertrouwen

²⁹ Ktg. Dordrecht 6 juli 2011, www.stichtingpiv.nl.

³⁰ Rb. Maastricht 16 februari 2011, LJN: BP4792.

is in de rechter die over het verzoek moet oordelen in een deelgeschilprocedure. De deelgeschilrechter trekt zich hier niet snel iets van aan.³¹

Strikt genomen kan een beslissing in een deelgeschilprocedure niet bijdragen aan een vaststellingsovereenkomst indien één van de partijen niet verder wil onderhandelen en/of aangeeft sowieso een bodemprocedure te zullen starten. Zo oordeelde ook de Rechtbank Arnhem in haar uitspraak van 30 september 2011.³² In deze zaak gaf de verzekeraar aan geen genoegen te zullen nemen met de beslissing in de deelgeschilprocedure en liet weten dat zij inmiddels een bodemprocedure aanhangig had gemaakt. De deelgeschilrechter wees daarom het verzoek af, aangezien de verzochte beslissing de weg niet vrij zou maken voor verdere schikkingsonderhandelingen.

Anders oordeelde de Rechtbank Arnhem in haar beschikking van 14 november 2011 door te overwegen dat: ‘Anders dan verweerders opwerpen, kan niet reeds op voorhand worden aangenomen dat de partijen op basis van de beslissing op het verzoek niet zullen gaan onderhandelen, maar zonder meer tot het voeren van een bodemprocedure zullen overgaan. De keuze voor het één en ander zal, naar mag worden verwacht, mede afhangen van de inhoud en de motivering van die beslissing.’³³ Ondanks de mededeling van één van de partijen dat er niet verder zou worden onderhandeld en er als gevolg geen vaststellings-overeenkomst tot stand kon komen, oordeelde de Rechtbank Arnhem toch dat er sprake was van een deelgeschil.

De lijn van deze laatste uitspraak lijkt het meest wenselijk. Het is naar mijn mening onwenselijk dat een verzoek wordt afgewezen op basis van de enkele mededeling van één van de partijen dat ze niet bereid zijn tot verder onderhandelen. Op deze manier kan de deelgeschilprocedure op eenvoudige wijze worden gefrustreerd. Dit kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. In 2010 gaven de sleutelfiguren in de letselschadebranche al aan dat de werking van de deelgeschilprocedure valt of staat met voldoende gespecialiseerde rechters. Wellicht is de weigerachtige houding in genoemde uitspraken een teken dat er (in die gevallen) inderdaad sprake is van gebrek aan vertrouwen in de expertise en dus de uitspraak van de deelgeschilrechter.

c) Voorleggen van het laatste tussen partijen geldende geschil

Kan een beslissing van de deelgeschilrechter over een deelgeschil dat tevens geldt als het laatste tussen partijen geldende geschilpunt, bijdragen aan de totstandkoming van een

³¹ Een goed voorbeeld hiervan is Rb. Den Bosch 13 december 2011, LJN: BU7841.

³² Rb. Arnhem 30 september 2011, LJN: BU 6738.

³³ Rb. Arnhem 14 november 2011, LJN: B6757.

vaststellingsovereenkomst? Deze vraag komt regelmatig in de deelgeschilprocedure aan de orde. In de jurisprudentie wordt in het merendeel van de gevallen geoordeeld dat een dergelijk geschil zich niet leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure. De beslissing zou in zo'n geval verder onderhandelen overbodig maken en aldus geen bijdrage leveren aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.³⁴

Naar de letter van de wet is dit een begrijpelijk en verdedigbaar standpunt. Om de deelgeschilprocedure haar doelstelling niet voorbij te laten schieten is het echter van belang dat de deelgeschilrechter over dit soort verzoeken wel een beslissing neemt. Een uitspraak in een dergelijk geschil kan er namelijk wel voor zorgen dat de afwikkeling van zaken op het gebied van letsel- en overlijdensschade wordt versneld.

Een meer wenselijke benadering hanteerde de Rechtbank Utrecht in haar beschikking van 12 oktober 2012.³⁵ Het betrof in deze zaak een verkeersongeval, waarbij de bestuurder van een bromfiets in aanrijding was gekomen met een personenauto, waarvan de automobiliste voor wettelijke aansprakelijkheid was verzekerd. In deze zaak werd verzocht de aansprakelijkheid vast te stellen dan wel te beslissen omtrent eigen schuld. Bij beoordeling van de vraag of sprake was van een deelgeschil oordeelde de rechter dat de omstandigheid dat een beslissing over de aansprakelijkheid mogelijk tot gevolg heeft dat het gehele geschil daarmee tot een einde komt, waardoor verder onderhandelen en het sluiten van een vaststellingsovereenkomst overbodig wordt, niet maakt dat de verzochte beslissing enkel daardoor geen deelgeschil meer zou betreffen en zou moeten worden afgewezen. Een dergelijke conclusie acht de rechtbank in strijd met de bedoeling van de wetgever.

Uit het vorenstaande blijkt wel dat rechters op zeer verschillende wijze invulling geven aan het begrip 'deelgeschil'. Dit werd binnen de rechtspraktijk in 2010 al voorspeld. Dit wordt veroorzaakt, doordat de formulering van artikel 1019w Rv veel beleidsruimte voor de rechter laat. Zo zijn er zaken waarin het toepassingsbereik van de deelgeschilprocedure ruim wordt uitgelegd. Daarentegen zijn er ook zaken waarin de formele vereisten juist strikt worden toegepast. Reden voor deze verschillende zienswijzen kan zijn dat de omstandigheden van het geval van doorslaggevende betekenis zijn. Naar mijn mening dient de rechter de bedoeling van de wetgever meer in het oog te houden. Het is wat mij betreft wenselijk dat er meer inhoudelijke eindbeslissingen worden genomen, zodat een deelgeschilprocedure partijen een stap dichterbij een vaststellingsovereenkomst brengt in plaats van dat het de procedure slechts vertraging oplevert.

³⁴ Rb. Den Haag 11 februari 2011, LJN: BP5391.

³⁵ Rb. Utrecht 12 oktober 2012, LJN: BY0014.

Deelgeschilprocedure toch geschikt voor complexe vraagstukken?

Na bestudering van de jurisprudentie blijkt dat binnen het terrein van personenschade verschillende onderwerpen in een deelgeschilprocedure behandeld kunnen worden. Zoals in 2010 al werd verwacht, worden er veel procesrechtelijke geschillen aan de deelgeschilrechter voorgelegd, zoals het verzoek tot benoeming van een deskundige, de gebondenheid aan een deskundigenrapport, welke conclusies aan een deskundigenrapport moeten worden verbonden,³⁶ het gelasten van een deskundigenonderzoek, het meewerken aan een deskundigenbericht, het stellen van aanvullende vragen aan de deskundige,³⁷ voorschotten en buitengerechtelijke kosten.³⁸

In 2010 spraken sommige geïnterviewden de gedachte uit dat complexe geschilpunten, zoals de aansprakelijkheid, causaliteit en het vaststellen van (de omvang van) schadeposten, niet geschikt zijn voor behandeling in een deelgeschilprocedure vanwege de complexiteit van deze geschilpunten. Hierna zal worden gezien of deze verwachting is uitgekomen.

Regelmatig wordt de deelgeschilrechter verzocht de aansprakelijkheid vast te stellen. Over het algemeen zijn de rechtbanken van oordeel dat de deelgeschilprocedure zich goed leent voor het vaststellen van de aansprakelijkheid. Dit komt overeen met de memorie van toelichting, waarin expliciet staat opgenomen dat de aansprakelijkheidsvraag in de deelgeschilprocedure aan de orde kan komen.³⁹ Hierbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat dit anders kan liggen indien nadere bewijslevering noodzakelijk is. De deelgeschilprocedure wordt dus ook gebruikt voor het vaststellen van de aansprakelijkheid, zolang de feiten redelijk duidelijk liggen en nadere bewijslevering niet nodig is.

Blijkens de rechtspraak leent in principe ook het verzoek tot vaststellen van de schadeposten en omvang zich voor behandeling in de deelgeschilprocedure. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 20 april 2011 waarin de rechtbank oordeelde over de vraag of sprake was van schade geleden wegens verlies van arbeidsvermogen.⁴⁰ De rechtbank oordeelde dat dit verzoek zich leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure. Het verzoek werd desalniettemin afgewezen, omdat deze onvoldoende onderbouwd was. Het is in tegenstelling tot de verwachting binnen de rechtspraak in 2010 in beginsel mogelijk om ook (complexe) verzoeken als de berekening van het verlies aan verdienvermogen in een deelgeschilprocedure te behandelen.

36 Zie bijv. Rb. Maastricht 1 maart 2012, LJN: BW4587, Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV3066.

37 Zie bijv. Rb. Utrecht 1 augustus 2012, LJN: BX5635.

38 Zie bijv. Rb. Zutphen 17 november 2011, LJN: BU6835; Rb. Rotterdam 1 december 2010, LJN: BO5673.

39 Kamerstukken II 2008/09, 31 518, nr. 3, p. 10.

40 Rb. Rotterdam 20 april 2011, LJN: BQ1833.

De causaliteitsvraag wordt ook geregeld aan de deelgeschilrechter voorgelegd. Rechters lijken zich echter tot op heden terughoudend op te stellen om een oordeel te vellen over de vraag of er een causaal verband bestaat tussen de gestelde klachten en het ongeval. Dat de volledige causaliteitsvraag zich in principe niet leent voor behandeling in een deelgeschil, zal waarschijnlijk samenhangen met het feit dat voor beantwoording van deze vraag vaak deskundigenberichten nodig zijn. Op dit punt wordt de verwachting binnen de rechtspraak bevestigd dat een complex geschilpunt zoals de causaliteit niet geschikt is voor behandeling in een deelgeschilprocedure.

5 CONCLUSIE

De deelgeschilprocedure heeft in korte tijd een belangrijke plaats verworven binnen de letselschadepraktijk. Met name benadeelden maken veelvuldig gebruik van de mogelijkheid om vastgelopen onderhandelingen vlot te trekken.

Voor een optimale werking van de deelgeschilprocedure dient de rechter de bedoeling van de wetgever niet uit het oog te verliezen. Dit is met name van belang bij beoordeling van de vraag of een deelgeschil kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De deelgeschilrechter komt met grote regelmaat tot de conclusie dat aan dit vereiste niet is voldaan. In een dergelijke situatie wordt het verzoek niet-ontvankelijk verklaard of wordt het verzoek afgewezen. Naar mijn mening hanteren rechters een te strikte uitleg van voornoemd vereiste. Hoewel deze benadering naar de letter van de wet begrijpelijk is, wordt hiermee geen recht gedaan aan de bedoeling van de wetgever. Op dit moment wordt hierdoor (helaas) in veel zaken geen beslissing genomen omtrent het tussen partijen geldende geschilpunt. Partijen verkrijgen in een dergelijke situatie geen duidelijkheid omtrent het geschil, waardoor de buitengerechtelijke afwikkeling niet wordt bevorderd. Uit de jurisprudentie blijkt dat indien er wel sprake is van een 'deelgeschil', de rechter vrij snel een knoop kan doorhakken. In dat opzicht kan de deelgeschilprocedure zeker als effectief gekwalificeerd worden, aangezien er op relatief eenvoudige wijze duidelijkheid wordt verkregen omtrent een geschilpunt.

Het is op dit moment echter nog te vroeg om te concluderen dat partijen door de komst van de deelgeschilprocedure ook daadwerkelijk in staat zijn om de buitengerechtelijke afwikkeling van letselschadezaken op een snellere en eenvoudigere wijze af te wikkelen. Duidelijk is wel dat de deelgeschilprocedure partijen in veel gevallen een extra instrument biedt om de vastgelopen onderhandelingen weer op gang te brengen en dat was precies de bedoeling van de wetgever.

LITERATUUR

De Groot 2011

G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraak: goede start, spannende vlucht, behouden landing', *TCR* 2011-2, p. 41-49.

Oskam 2012

P. Oskam, 'De deelgeschilrechter anderhalf jaar in actie (III)', *PIV-Bulletin* 2012, p. 28.

Oude Hergelink 2011

A.S. Oude Hergelink, 'Volledige vergoeding van proceskosten: rake remedie of aanjager voor deelgeschillen?', in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 211-229.

Tuls 2011

M.A. Tuls, 'Het bevorderen van een buitengerechtelijke afwikkeling door het introduceren van een nieuwe procesvorm; een paradox? Onderzoek naar de "raakheid" van de Wet deelgeschilprocedure', in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 191-209.

Van en Akkermans 2011

A.J. Van en A.J. Akkermans, 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', *TVP* 2011-3, p. 82-86.

Weterings 2004

W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 20.

39 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

A.J. Verheij, W.H. van Boom en I. Giesen

SAMENVATTING

In dit afsluitende hoofdstuk wordt geïnventariseerd welke conclusies getrokken kunnen worden na lezing van de bijdragen aan dit boek. De bijdragen hebben gemeen dat zij meer aandacht bepleiten voor de werkelijkheidswaarde van privaatrechtelijke regelstelling en rechtspraak. Soms wordt verandering van het geldende recht voorgesteld of een andere attitude van rechter of wetgever bepleit, maar over het algemeen zijn de auteurs toch redelijk voorzichtig in hun conclusies. Tegen die achtergrond wordt hier besproken wat de plaats is van civilologisch onderzoek, hoe de verschillen tussen rechtswetenschap en -praktijk geduid moeten worden en wat dit betekent voor de wetgever, beleidsmakers en rechters en het ideaal van regels en rechtspraak die gegrond zijn in de rechtswerkelijkheid.

1 INLEIDING

In dit afsluitende hoofdstuk komen wij naar aanleiding van de bijdragen in dit boek tot enkele afsluitende observaties. De mate waarin algemene conclusies kunnen worden getrokken is natuurlijk beperkt door de insteek van dit boek. Niet alle delen van het privaatrecht komen aan de orde. Wij hebben ons als redactie laten leiden door de beschikbaarheid van auteurs en door onze eigen interesse. Bovendien hebben we al op voorhand een aantal algemene lijnen getrokken in het eerste hoofdstuk. Daarom staan we hier vooral stil bij de volgende vragen. Een belangrijke eerste vraag is wat de mogelijke meerwaarde is van de civilologische beschouwingen in dit boek boven ‘reguliere’ positiefrechtelijke privaatrechtelijke beschouwingen over de behandelde thema’s (par. 2). In concrete zin wordt deze vraag uiteraard in iedere specifieke bijdrage aan de voorliggende bundel beantwoord, maar in meer in algemene zin is de vraag tot wat voor *soort conclusies* de auteurs komen. Wordt verandering van het geldende recht voorgesteld, een andere attitude van de rechter of de wetgever bepleit, of wordt bijvoorbeeld alleen nader onderzoek aanbevolen? Vervolgens komen het belang en de rol van de context van het benutte empirisch onderzoek aan de orde, alsmede de gevolgen die dit heeft voor het verbinden van conclusies aan empirische onderzoeksresultaten (par. 3). Ten slotte wordt besproken wat dit alles betekent voor de wetgever, beleidsmakers en rechters en het ideaal van *evidence based* regelgeving (par. 4).

2 DE MEERWAARDE VAN CIVILOLOGIE

Zij die mochten vrezen dat de civilologie zich zou ontpoppen als een olifant in de porseleinkast van het privaatrecht, kunnen gerustgesteld ademen. De auteurs in deze bundel betonen zich over vrijwel de gehele linie behoorlijk voorzichtig en terughoudend waar het voorstellen voor verandering betreft, laat staan dat grote delen van het privaatrecht naar de prullenmand worden verwezen. Het doen van empirisch onderzoek en het gebruik van de resultaten van empirisch onderzoek vertalen zich dus niet zonder meer in voorstellen tot verandering van geldende regels.

Deze voorzichtigheid is om verschillende redenen begrijpelijk en terecht. In de eerste plaats kan bestudering van relevant empirisch onderzoek¹ een bepaalde presumptie ondermijnen, maar welk gewicht aan die vaststelling toekomt, is geen empirische doch een normatieve vraag (vgl. de bijdragen in deze bundel van Engelhard & Engelhard, Hiemstra & Verheij, De Kogel, Schrama & Smit).

Bovendien zal privaatrechtelijke regelgeving zelden op slechts één veronderstelling gebouwd zijn. In gevallen waarin een bepaalde regel op meerdere pijlers berust, leidt ondermijning van één presumptie door empirisch onderzoek niet onmiddellijk tot (de noodzaak van) verandering van de regel (Hiemstra & Verheij). En dat is des te meer het geval als het onduidelijk is welke presumptie aan een regel ten grondslag ligt.

Het meenemen van de resultaten van empirisch onderzoek kan bovendien ook op andere wijze plaatsvinden dan door aanpassing van een specifieke regel, bijvoorbeeld door een andere organisatie van de rechterlijke besluitvorming bij gerechten (Ten Velden & De Wilde), door langer na te denken over juridische vragen (Giesen), door uitvoeriger te motiveren (Enneking c.s.) of door benchmarkstudies waar interne toezichthouders hun voordeel mee kunnen doen (Eshuis & Leeuw).

In verschillende bijdragen werd ten slotte geconstateerd dat er weinig empirisch bewijs beschikbaar was of dat nader onderzoek was vereist (met name Adriaanse, Stigter & Van der Geest; Faure & Van Boom; De Hoon (in hoofdstuk 11); Bacharias, Lindenbergh & Mascini; Luzak & Raaijmakers). Dat ook aan niet bewezen (en zelfs nauwelijks te bewijzen) presumpties gevolgen kunnen worden verbonden, betogen Spath & Bartels in relatie tot het zekerhedenrecht. Onbekend is hoe wijziging daarvan de kredietverlening als zodanig of de voorwaarden waaronder kredieten worden verleend, zal beïnvloeden.

Welbeschouwd lijken regels die een min of meer duidelijke doelstelling beogen te realiseren, het meest kwetsbaar voor empirische falsifiëring. Als bijvoorbeeld de bedenktijd van drie dagen bij de aankoop van een huis bedoeld was om consumenten in staat te stellen

1 Aan een aantal bijdragen lag eigen (eerder) empirisch onderzoek ten grondslag: Engelen, Van de Bunt c.s.; Bacharias c.s.; Lindenbergh & Mascini; Loonen; Adriaanse c.s.; Ten Velden & De Wilde; Tuls.

om zich deskundig te laten informeren en deze termijn blijkt te kort, dan ligt aanpassing of afschaffing van die regel voor de hand (Keirse & Van Onna). Andere voorbeelden van gevallen waarin de beschermende doelstelling van een regel (waarschijnlijk) niet wordt gerealiseerd, geven Duivenvoorde, Engelen, Giard en Luzak in hun respectievelijke bijdragen. Effectieve alternatieven zijn daarmee echter nog niet direct gegeven. Bovendien geldt ook in dergelijke gevallen dat normatieve overwegingen bepalen of falsificering van de centrale veronderstelling gevolgen dient te hebben, en zo ja, welke. Denk bijvoorbeeld aan een informatieplicht jegens een consument. Het doel (bescherming) is gebaseerd op de aanname dat consumenten de hun verschaft informatie begrijpen en op basis daarvan een rationeel besluit nemen.² Onderminning van deze aanname houdt echter niet per definitie de doodsteek voor die informatieplicht in. Stel dat slechts 30% van de consumenten in de gehoopte zin door de informatie wordt beïnvloed. De te beantwoorden normatieve vraag is dan of de succesvolle beïnvloeding van 30% van de consumenten de kosten rechtvaardigt die zijn gemoeid met het informeren van alle consumenten. Beantwoording van deze vraag hangt weer af van de alternatieven voor de informatieplicht of kan aanleiding vormen voor verder empirisch onderzoek, bijvoorbeeld: valt de genoemde 30% vooraf te identificeren, zodat informatievoorziening zich tot deze groep kan beperken met kostenreductie als gevolg?

Empirisch onderzoek is derhalve niet de steen der wijzen, maar *casts a shadow of doubt*. De normatieve problemen van beleidsmaker, wetgever en rechter worden niet opgelost, zij zullen hun eigen afwegingen moeten blijven maken.³ Maar die afweging is dan wel verrijkt met voordien ontbrekende empirische gegevens en onderbelichte argumenten. Empirisch onderzoek lijkt daarmee echter op het eerste gezicht vooral een negatieve, een corrigerende functie te hebben. Het is gemakkelijker twijfel te zaaien over een bepaalde veronderstelling of een bepaald beoogd effect, dan om de onjuistheid of het niet optreden daarvan positief aan te tonen.

De corrigerende functie van empirisch onderzoek kan echter ook een (begin van een) richting aanwijzen. Als een specifieke benadering niet werkt, dan moet de rechter, beleidsmaker of wetgever het wel in een andere richting zoeken, toch? In meer algemene zin kan empirisch onderzoek nieuwe denkrichtingen in beeld brengen. Moeten contracten niet meer worden opgevat als instrumenten om relaties tussen mensen te managen (De Hoon in hoofdstuk 13)? Is centraal gestuurde vernieuwing van het procesrecht wel wenselijk, omdat het innovatie tegengaat (Barendrecht)? Moet bedenktijd niet worden vervangen door andere beschermingsmechanismen (Keirse & Van Onna; Luzak)? Moeten we wel zo hechten aan *informed consent* (Giard)?

² Daarover ook uitgebreider Van Boom, Giesen & Verheij 2008.

³ Vgl. reeds Schuyt 1979. Zie ook Van Boom 2013.

Deze en dergelijke vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Zij nopen tot nadere reflectie en verder onderzoek. Het is dan ook begrijpelijk dat auteurs na een eerste beoefening van de civilologie geen concreet uitgewerkte alternatieven formuleren, maar eerder denkrichtingen schetsen en algemene suggesties doen. In zoverre zijn wij dan ook tevreden met de resultaten die de verschillende bijdragen het privaatrecht bieden en staat voor ons de meerwaarde van de civilologische benadering niet ter discussie.

In meer algemene zin leidt beoefening van de civilologie echter tot bescheidenheid en het temperen van al te hooggespannen verwachtingen omtrent de effecten van privaatrechtelijke gedragsbeïnvloeding door wet en rechtspraak.⁴ Meer inzicht in het werkelijkheidsgehalte van veronderstellingen en beoogde effecten van bepaalde regels leidt vaak tot de conclusie dat privaatrechtelijke regels – anders dan juristen soms in hun naïviteit denken – minder impact hebben dan beoogd of dat die impact minder lineair is. Zo moeten preventieve of defensieve effecten van het aansprakelijkheidsrecht niet worden overschat (Bacharias, Lindenbergh & Mascini; Van Dijck; Van Erp; Giesen) en soms lijkt een goede oplossing eenvoudigweg niet te bestaan. Zo hebben letselschadeslachtoffers zowel behoefte aan financiële als aan relationele compensatie, maar het lijkt niet mogelijk om een afwikkelingsprocedure te ontwerpen die aan beide behoeften tegemoetkomt (Lindenbergh & Mascini). De privatist die af en toe de pet van civiloloog opzet, wordt dus niet alleen *wiser*, maar (helaas) ook *sadder*.⁵

3 HET BELANG VAN DE CONTEXT

In hun boek *Superfreakonomics* schrijven Levitt en Dubner dat, zonder dat ze dat overigens zelf beseften, aan hun vorige boek, de bestseller *Freakonomics*, het volgende overkoepelende thema ten grondslag lag:

‘(...) mensen reageren op prikkels, maar niet noodzakelijk op een manier die voorspelbaar of zichtbaar is. Daarom is een van de machtigste wetten van het universum de wet van de onbedoelde gevolgen.’⁶

⁴ Vgl. Van Boom, Giesen & Verheij 2008.

⁵ Vgl. Prediker 1.18: ‘Want wie veel wijsheid heeft, heeft veel verdriet. En wie kennis vermeerdert, vermeerdert smart.’ Hartlief 2012 gebruikt een andere beeldspraak, namelijk die van het (zorgeloze) kind in de snoepwinkel-effect. Wij sluiten zeker niet uit dat die beeldspraak in bepaalde gevallen juist is. In dat geval hebben we twee prototypische reacties: de privatist die heel stil en bescheiden wordt van al dat empirisch geweld, en de privatist die aan ‘cherry picking’ van civilologische gegevens doet om zijn normatieve keuzes kracht bij te zetten. We vermoeden op dit punt een verband tussen persoonskenmerken en gedrag.

⁶ Levitt & Dubner 2010, p. 10.

De gedachte dat mensen op prikkels reageren, is het fundament van economische theorievorming. Door het aantal prikkels en de vorm ervan in het economische mensmodel te vergroten, proberen economen de onderzoeksresultaten van met name de psychologie – denk aan het werk van Kahneman en Tversky – te incorporeren in hun discipline. De rationele *homo economicus* die uitsluitend op financiële prikkels reageert, wordt zodoende vervangen door de *homo heuristicus*, echte mensen van vlees en bloed. Deze benadering zou daarom dichter bij de maatschappelijke werkelijkheid staan en impliceert de hoopvolle boodschap voor beleidsmakers dat mensen het gewenste gedrag gaan vertonen als ze maar de juiste prikkels krijgen.⁷ De bijdragen aan dit boek staan bol van die nuancering en van aandacht voor de *homo heuristicus* (bijv. Van Raaij, Croes, Klein Haarhuis en Niemeijer, Duivenvoorde, Giard, Luzak, Giesen, Pape, Assink, Raaijmakers, Kroeze, Enneking c.s.).

Toch moeten we voorzichtig zijn met het omarmen van de *homo heuristicus*. Zo opgevat wordt de brede ‘prikkeltheorie’ namelijk nogal onbepaald, omdat vrijwel alles als prikkel kwalificeert. Naast financiële prikkels dient ook rekening gehouden te worden met sociale en morele prikkels, met ingesloten patronen en rituelen en met onuitroeibare denkluiheid. Op deze wijze valt ieder gedrag te verklaren. Als mensen bijvoorbeeld geen biologische producten kopen omdat die te duur zijn, is dat logisch, want mensen reageren op financiële prikkels. Als mensen die producten wel kopen om niet door anderen te worden gezien als egoïsten, is dat ook logisch, want zij reageren op sociale prikkels.⁸ De ‘brede prikkeltheorie’ kan derhalve *achteraf* veel gedrag verklaren (en dat gedrag valt dan vaak met enige goede wil ook nog wel in enige vorm van de rationele-keuzetheorie te passen), maar *vooraf* weinig voorspellen. Daarom merken Levitt en Dubner in voornoemd citaat op dat de wet van de onbedoelde gevolgen de machtigste wet van het universum is.⁹

Dit betekent voor de civiloloog – en dat zal juristen vertrouwd in de oren klinken – dat alles van de omstandigheden van het geval afhangt. Anders gezegd, het gaat om de *context*. Wat is de specifieke context waarin een (beleidsmaat)regel landt en haar werk moet doen? Het is deze context die bepaalt of de (beleidsmaat)regel het beoogde effect sorteert of niet. Het belang van de context wordt door verschillende auteurs benadrukt (Van de Bunt c.s., Van Erp, Eshuis, Holvast & Pham; Engelen; Eshuis & Leeuw; Faure & Van Boom; Klein Haarhuis & Niemeijer).¹⁰

Zelfs een ogenschijnlijk onbelangrijk aspect van die context kan een prikkel vormen die mensen een bepaalde kant op stuurt. Zo blijkt uit onderzoek bijvoorbeeld dat proefper-

7 Vgl. ook Thaler & Sunstein 2008.

8 Ontleend aan Vromen 2012.

9 Omdat de ‘brede prikkeltheorie’ geen houvast geeft (vgl. ook Verheij 2013, p. 101-102), is te verklaren dat beleidsmakers in de praktijk terugvallen op de *homo economicus*. Intussen gaat de discussie tussen ‘mainstream law and economics’ academici en de ‘behavioural law and economics’ academici precies over de vraag wiens paradigma het beste voorspelt. Zie daarover bijv. Korobkin & Ulen 2000.

10 Zie reeds uitvoerig daarover Klein Haarhuis & E. Niemeijer 2008, hoofdstuk 7.

sonen die bij wijze van opdracht hebben nagedacht over ouderdom en daarmee verwante verschijnselen (zij zijn dan met dit begrip ‘geprimed’), na beëindiging daarvan langzamer weglopen dan mensen die met een ander begrip zijn ‘geprimed’.¹¹ Uit dit en dergelijk onderzoek blijkt dat mensen onbewust te beïnvloeden zijn. Dat is op het eerste gezicht wellicht een wat beangstigende gedachte, maar bij nader inzien valt dat wel mee. De sociale werkelijkheid bevat immers zo ontzettend veel prikkels dat de mogelijkheden voor manipulatie ernstig beperkt zullen zijn.¹² Geen enkele beleidsmaker of tiran zal immers in staat zijn alle in een bepaalde situatie bestaande prikkels te identificeren, laat staan te beheersen om het door hem gewenste gedrag te verkrijgen. Hij kan natuurlijk een duwtje in de goede richting geven, maar meer dan een duwtje is het niet. Dit wordt onderstreept doordat onderzoeksresultaten die zijn verkregen in een gecontroleerde laboratoriumomgeving niet gerepliceerd konden worden in het echte leven.¹³ Zo bleek het *endowment effect* – dat inhoudt dat mensen meer waarde hechten aan voorwerpen eenvoudigweg omdat zij ze bezitten – niet op te treden bij ervaren handelaren.¹⁴ Uit een recente meta-analyse bleek dat de externe validiteit van laboratoriumonderzoek verschilt per specialisme. *Industrial-organizational psychological* onderzoek kon vaker extern gevalideerd worden dan sociaal-psychologisch onderzoek.¹⁵

Deze ‘contextualisering’ van onderzoeksresultaten maakt de interpretatie daarvan niet eenvoudiger. Deskundigen kunnen onderling verschillend oordelen over de vraag wat een bepaald onderzoek nu precies betekent. De Amerikaanse sociaalpsycholoog Zimbardo onderzocht hoe mensen reageerden op een onbeheerde auto met open motorkap en zonder nummerbord. In de ene situatie stond de auto in een nette buurt (Palo Alto), in de andere situatie in een achterbuurt (The Bronx). In The Bronx werd de auto door voorbijgangers gesloopt nog voordat de onderzoekers hun opnameapparatuur hadden kunnen installeren, in Palo Alto werd de auto gedurende zeven dagen niet aangeraakt, behalve door een buurtbewoner die de motorkap dicht deed toen het regende. Toen de onderzoekers de auto wegreiden, werd door drie buurtbewoners zelfs aangifte gedaan bij de politie wegens diefstal van een onbeheerde auto. Zimbardo interpreteert dit onderzoek als bewijs voor zijn stelling dat een gevoel van grootstedelijke anonimiteit asociaal gedrag kan bevorderen. Hij constateert echter, naar eigen zeggen tot zijn eigen verbazing, dat dit onderzoek vooral wordt gezien als bewijs voor de criminologische ‘Gebroken Ruiten Theorie’, die inhoudt dat publieke wanorde criminaliteit bevordert.¹⁶ Deze twee omstandigheden – gebrekkige externe validering en discussie over de interpretatie van onderzoeksresultaten – vormen

11 Bargh et al. 1996, p. 230-244 (speciaal p. 236-238).

12 Vgl. ook hoofdstuk 1 van dit boek.

13 In jargon: zij konden niet extern worden gevalideerd. Voor meer jargon, zie Van Boom 2013.

14 J.A. List, ‘Does market experience eliminate anomalies?’, *Quarterly Journal of Economics*, February 2003, besproken door Harford 2008, p. 22-25.

15 Mitchell 2012.

16 Zimbardo 2010, p. 68-70.

extra redenen om voorzichtig te zijn met het een-op-een vertalen van dergelijke onderzoeksresultaten in regelgeving. Als context kennelijk zo belangrijk is, wat betekent dat dan voor zinvol gebruik van onderzoeksresultaten in algemeen geformuleerde regels die een beleidsmaker ontwerpt voor gebruik onder uiteenlopende condities?¹⁷

Daar komt bij dat niet ondenkbaar is dat duwtjes in de juiste richting wellicht minder effect kunnen sorteren wanneer mensen zich daarvan bewust zijn. Stel dat gezond voedsel in de kantine van scholen vooraan en op ooghoogte wordt geplaatst en ongezond voedsel lager of hoger of meer naar achteren. Dergelijke zeer eenvoudige ingrepen kunnen resulteren in de consumptie van 25% meer gezond eten, zo rapporteren Thaler en Sunstein.¹⁸ Maar is dit resultaat altijd gegarandeerd of is context ook belangrijk? Blijft dit resultaat bijvoorbeeld overeind bij opstandige, puberende leerlingen die zich juist willen afzetten tegen de regels die volwassenen aan hen proberen op te leggen?¹⁹

4 EVIDENCE-BASED REGELS EN RECHTSPRAAK

De laatste decennia is als ideaal verdedigd dat beleid, regelgeving en rechtspraak *evidence based* dienen te zijn.²⁰ Dit houdt in dat zij niet op meningen, maar op (hard) bewijs dienen te zijn gebaseerd (*evidence based* in plaats van feitenvrij *opinion based*). In verschillende bijdragen aan dit boek wordt besproken in hoeverre dit ideaal bij privaatrechtelijke regelgeving wordt gerealiseerd en welke verbeteringen denkbaar zijn (bijv. Antokolskaia; Croes; De Hoon (in hoofdstuk 11); Low & Schrama).

Het algemene beeld dat naar voren komt uit genoemde bijdragen is dat er weliswaar pogingen worden ondernomen om tot *evidence-based* regelgeving te komen, maar dat er nog veel valt te verbeteren. Wel is het zo dat er afhankelijk van het onderwerp verschillen zijn te constateren. Zo lijkt op sommige terreinen van het familierecht wetgeving relatief vaak te worden geëvalueerd, maar dat lijkt een uitzondering te zijn (Croes; Antokolskaia). Zo is het mensbeeld dat ten grondslag ligt aan het relatierecht bijvoorbeeld niet onderbouwd, omdat het als vanzelfsprekend wordt aangenomen (Schrama). Aan de inrichting

¹⁷ Dat is dan ook precies de onbenoemde spanning in het werk van Sunstein: ‘choice architecture’ is belangrijk, maar vergt per gebouw een nieuw ontwerp. Vgl. Sunstein 2013, p. 12. Zo bezien is het vrijwel onmogelijk om algemeen geldende regels te ontwerpen die hun doel bereiken, en dus zullen minder algemene en meer specifieke regels nodig zijn zodat de kosten van het maken, toepassen en handhaven van regels zal toenemen.

¹⁸ Thaler & Sunstein 2008, p. 9.

¹⁹ Daarom bepleit Sunstein 2013 veelvuldig het gebruik van experimentele regelgeving, als het even kan met blinde trials met gerandomiseerde toewijzing. Dat leidt tot hoge kosten en langdurige trajecten, dus misschien is het in elk geval verstandig om bij het streven naar ‘evidence based policy’ primair in te zetten op ‘laaghangend fruit’ waar de potentiële welvaartwinsten het grootst zijn.

²⁰ Zie Antokolskaia in dit boek en het onderscheid tussen *evidence-based-policy*, *evidence-based practice* en *evidence-based society*.

van het zekerhedenrecht zijn tal van niet-onderzochte vooronderstellingen ten grondslag gelegd (Spath & Bartels). Bij de totstandkoming het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht heeft de Europese Commissie gebruikgemaakt van verschillende data, maar was vervolgens selectief in het gebruik daarvan (Low).

Meer algemene suggesties voor verbetering variëren van de oprichting van een multidisciplinair centrum voor familierecht (Schrama) tot het maken van overzichten van *ex ante* en *ex post* wetsevaluaties in een toegankelijke taal,²¹ het oprichten van databases die al het relevante onderzoek op een bepaald terrein bevatten en het opzetten van netwerken waarin onderzoekers uit verschillende disciplines en landen kunnen samenwerken (Antokolskaia).

Deze suggesties maken duidelijk dat de enkele wil om tot *evidence-based* regelgeving te komen niet voldoende is, maar dat institutionalisering door middel van netwerken, centra en databases noodzakelijk is, niet alleen voor het verrichten van onderzoek, maar ook om reeds gedaan onderzoek toegankelijk te maken. Dit vereist een permanente investering en die ontbreekt in het privaatrechtelijke beleidsdomein. Dit kan een gevolg zijn van machtsgerichtheid van politici die maakt dat zij niet wezenlijk geïnteresseerd zijn in *evidence-based* regelgeving (Croes). Denkbaar is echter ook dat de psychologische mechanismen die ervoor zorgen dat burgers zich anders gedragen dan de wetgever voor ogen stond, beleidsmakers ook parten spelen. Ook zij kunnen last hebben van *groupthink*, *group polarization*, *conformisme*, *overconfidence*, et cetera. Verdergaande institutionalisering doet deze mechanismen niet zonder meer teniet (vgl. Van Raaij; Kroeze; Raaijmakers; Assink; Engelen). Vermoedelijk is een belangrijker verklaring dat privaatrecht kennelijk wel redelijk werkt ook als we geen enkel empirisch onderzoek ernaar doen. Het is geen strafrecht dat een aanhoudende bron van prangende politieke vraagstukken is en dus bestaat er in het algemeen geen maatschappelijke druk om met regelmaat de aanzienlijke kosten van *evidence-based policymaking* in het privaatrecht te maken.²²

Verder is opgemerkt dat een wet een compromis vormt tussen vier verschillende rationaliteiten: de politieke, de financieel-economische, de juridische en de technisch- en sociaalwetenschappelijke rationaliteit (kortweg: de wetenschappelijke rationaliteit).²³ De tussen deze vier rationaliteiten bestaande verschillen zijn wezenlijk en lijken niet overbrugbaar. Tussen de politieke en de wetenschappelijke rationaliteit bestaan de volgende verschillen. Waar politici koersvast willen zijn en daden willen stellen ook als het bewijs van

21 Zuivere definitie van begrippen is daarbij van belang, zo blijkt ook uit de bijdrage van Van Dijk die aangeeft dat in verschillende onderzoeken de begrippen 'defensief gedrag' en 'aansprakelijkheid' in uiteenlopende zin worden gebruikt.

22 Vgl. Van Boom, Giesen & Smit 2012.

23 Veerman cs. 2012, p. 173.

werkzaamheid (nog) niet geleverd is, zijn wetenschappers ‘beroepstwijfelaars’.²⁴ Aangezien politici behoefte hebben aan duidelijkheid en *soundbites* en wetenschappers een eigen wereld creëren en vooral gericht zijn op het ‘neerhalen van veronderstellingen’ zouden politici liever ‘de wijk in gaan’ dan bij wetenschappers te rade gaan.²⁵

Omgekeerd geldt dat wetenschappers er soms voor terug schrikken om harde consequenties aan hun onderzoeksresultaten te verbinden. Zo gaf psychologe Eveline Crone aan geen individueel of beleidsadvies te willen geven:

*‘Neem comazuipen. Alcohol heeft een groter effect op het brein van pubers dan op dat van volwassenen. Puberteit is een overgevoelige fase voor alcohol; jongeren die veel drinken, hebben later meer moeite met planning en met nadenken. Maar moet daarom de leeftijdsgrens van 16 naar 18? Dat weet ik niet. Het is óók niet slecht om wat ruimte te geven voor experimenteren, als het niet te gek wordt. Comazuipen treft maar een heel klein percentage. Er zijn oudere neurowetenschappers die overal hun mening over geven. Ik niet, ik twijfel vaak. En gelukkig is twijfel ook heel wetenschappelijk.’*²⁶

Bekend is ook het geval van Sunstein en Vermeule die op grond van empirisch materiaal aantoonde dat de doodstraf aanzienlijke afschrikwekkende werking kan hebben: per executie zouden namelijk achttien moorden worden voorkomen.²⁷ Hoewel de betrouwbaarheid van het empirisch materiaal werd betwist, werd hun onderzoek uitvoerig geciteerd door het Amerikaanse Hooggerechtshof. Vervolgens schreef Sunstein dat het empirisch materiaal toch geen steun bood aan een afschrikwekkend effect van de doodstraf.²⁸ Meer in het algemeen geldt dat de empirische onderzoeker zich meer bewust is van de beperkingen van zijn methode en de weerbarstigheid van zijn data dan de beleidsmaker die zich beperkt tot lezing van de conclusies en vooral zoekt naar bevestigend bewijs dat past bij zijn beleidsdoelen (vgl. de bijdrage van Low). Zoals Einstein het ooit formuleerde:

*‘You make experiments and I make theories. Do you know the difference? A theory is something nobody believes, except the person who made it. An experiment is something everybody believes, except the person who made it.’*²⁹

24 Vgl. Van Boom, Giesen & Smit 2012.

25 Veerman c.s. 2012, p. 181-184.

26 Interview NRC 25 juni 2012.

27 Sunstein & Vermeule 2005.

28 C.R. Sunstein & J. Wolfers, ‘A death penalty puzzle: the murky evidence for and against deterrence’, *The Washington Post* 30 June 2008, p. A11. Beschreven door Smits 2009, p. 105-106.

29 Te vinden op http://todayinsci.com/E/Einstein_Albert/EinsteinAlbert-Quotations.htm.

Beleid maken, regels ontwerpen, wetten maken en recht spreken, het zijn allemaal besluitvormingsprocessen – met de poten in de klei – onder condities van onvolledige en dubbelzinnige informatie. Wetenschap is het najagen van de waarheid in het besef dat De Waarheid nooit zal worden gevonden en dat alle conclusies per definitie tijdelijk zijn.³⁰ Dat is op zichzelf niet verkeerd, mits de betrokkenen zich daar maar van bewust zijn en geen verkeerde verwachtingen van elkaar koesteren: beleidsmakers moeten geen zekerheid verwachten van wetenschappers en wetenschappers op hun beurt moeten geen nuance, twijfel of academische reflectie verwachten.³¹ Als ze maar open staan voor elkaars werkelijkheid, is er al veel gewonnen.

Hoewel er dus zekere inherente beperkingen zijn aan de verwezenlijking van het ideaal van *evidence-based* regelstelling en rechtspraak, ondersteunen wij de gedachte dat meer inspanningen moeten worden verricht op dat vlak. Bijzondere aandacht verdienen in dat verband met name de ontsluitbaarheid van (waar dan ook ter wereld) verricht onderzoek en de *ex post* evaluatie van regelgeving. Wat het eerste betreft verdienen de algemene lijnen die Antokolskaia schetst verdere uitwerking (oprichting van databanken en netwerken van wetenschappers en reviews van wetsevaluaties). Het belang van de *ex post* evaluatie hangt samen met het eerder geconstateerde belang van de context. De complexiteit van de werkelijkheid is dusdanig groot, dat de gevolgen van een interventie niet eenvoudig zijn te voorzien. Daarom is de wet van de onbedoelde gevolgen de machtigste wet van het universum.

Om die reden zijn *ex post* evaluaties relevant en dient waar mogelijk eerst met pilots te worden gewerkt voordat beleid landelijk wordt toegepast.³² Bij *ex post* evaluaties dient niet alleen te worden nagegaan of het beleidsdoel is gehaald, maar liefst ook of de wettelijke interventie daaraan een bijdrage heeft geleverd.³³ Dat is eigenlijk nauwelijks mogelijk zonder controlegroep te gebruiken. Zinnige *ex post* evaluatie veronderstelt in elk geval ook dat een nulmeting plaatsvindt en dat duidelijk wordt geformuleerd welk doel met de interventie wordt nagestreefd.³⁴ En de kosten daarvan zijn aanzienlijk. Willen we over een aantal jaren met enige precisie meten of wetgeving als de Wet deelgeschilprocedure of de

30 Hetgeen overigens niet wil zeggen dat waarheid als ideaal daarom geen belangrijke functie vervult, zie Williams 2002. Vgl. in dit verband over de (wenselijke) verschillen tussen rechtswetenschappelijk onderzoek en rechtspraktijk recentelijk in ons land vooral het werk van Vranken en Smits, waarover bijv. Van Boom 2013.

31 Vgl. Van Boom, Giesen & Smit 2012, alsook Van Boom 2012.

32 De mogelijkheden hiertoe worden soms begrensd door het gelijkheidsbeginsel.

33 Hetgeen overigens nooit met zekerheid valt te zeggen, zie Veerman & Klein Haarhuis 2009, die verschillende andere nuttige aanwijzingen geven. Dat de meeste *ex post* evaluaties (ruim 60%) slechts onderzoeken of het doel is bereikt, bleek uit Klein Haarhuis & Niemeijer 2008, p. 62.

34 Vgl. Verheij 2013, p. 113. Dat dit niet vanzelfsprekend is, constateerden Faure & Verheij 2007, nr. 969 in relatie tot wetgeving betreffende milieuschade. Klein Haarhuis & Niemeijer 2008, p. 62, constateerden dat in slechts 10% van de door hen onderzochte gevallen sprake was geweest van een nulmeting.

Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad aan haar doelen heeft beantwoord – waarbij men kan denken aan doelen als vermindering van het aantal bodemprocedures, versnelde schikkingsonderhandelingen, versneld richting geven aan massaschadezaken – dan is het van belang dat op kernvariabelen al voor inwerkingtreding een nulmeting heeft plaatsgevonden. Dat zulks (ongetwijfeld) niet is gebeurd, heeft alles te maken met beperkingen in departementale capaciteit en investeringen in infrastructuur voor empirische wetsevaluatie.³⁵

Bij het streven naar *evidence-based* regelgeving dienen ten slotte nog twee risico's te worden vermeden. Het eerste risico is dat onder *evidence* uitsluitend kwantificeerbare gegevens worden verstaan onder het motto 'meten is weten'. Ook hier geldt dat de context allesbepalend is. Een zuiver kwantitatieve benadering kan in de ene context goed uitpakken, maar in de andere context desastreus zijn. Een tweede risico is dat beleidsmakers, wetgevers en rechters met behulp van (selectief gebruik van) wetenschappelijk onderzoek pogen om normatieve keuzes en opvattingen aan het zicht te onttrekken. Bepaalde maatregelen worden dan als onvermijdelijk gepresenteerd, terwijl het in werkelijkheid gaat om een normatieve keuze. Het is aan wetenschappers om zich te laten horen wanneer hun onderzoeksresultaten op dergelijke wijze misbruikt worden. Dit betekent ook dat wetenschappers niet ontmoedigd dienen te worden om zich in het maatschappelijk debat te begeven. Prikkel aan universiteiten die uitsluitend zuiver wetenschappelijke publicaties belonen, zijn alleen al om die reden verkeerd.

5 UITGELEIDE

De mate waarin regelstelling in wet en rechtspraak *evidence-based* is, laat derhalve te wensen over en collectieve inspanningen zijn nodig om hierin verbetering aan te brengen. Dat zou goed zijn voor de kwaliteit van de privaatrechtelijke regels, rechterlijke beslissingen en het academisch discours, zonder dat het normatieve domein van de privatist wordt gekoloniseerd. Maar we beseffen terdege dat *evidence* niet altijd voorhanden is, terwijl het recht toch daden vergt. De civilologie kan dus slechts een bescheiden bijdrage leveren door te streven naar vergroting van onze kennis van de gedragspresumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op het gedrag van individuen en organisaties en de betekenis die deze presumpties en effecten hebben op privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en -toepassing. Die positieve analyse van het privaatrecht van de werkelijkheid kan bijdragen aan beter geïnformeerde normatieve keuzes. Wij hopen daarom dat dit boek academici, advocaten, rechters, beleidsmakers en politici zal weten

³⁵ Vgl. Veerman 2012.

te overtuigen van het nut en de noodzaak hiervan en hen zal inspireren om zelf – af en toe – dit verrassende maar moeizame pad van de civilologie te bewandelen.

LITERATUUR

Bargh et al. 1996

J.A. Bargh, M. Chen & L. Burrows, 'Automaticity of Social Behavior: Direct Effects of Trait Construct and Stereotype Activation on Action', *Journal of Personality and Social Psychology*, 1996, Vol. 71, No. 2, p. 230-244.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, 'Gedrag en Privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 19-48.

Van Boom 2012

W.H. van Boom, 'De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)', *Regelmaat* 2012/5, p. 279-290.

Van Boom, Giesen & Smit 2012

W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit, 'Civilologie en de vaart der privaatrechtelijke volkeren', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Civilologie Serie, Vol. 3, Den Haag: BJu 2012, p. 197-213.

Van Boom 2013

W.H. van Boom, 'Empirisch Privaatrecht – Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2013, te verschijnen.

Faure & Verheij 2007

M.G. Faure & A.J. Verheij (red.), *Shifts in Compensation for Environmental Damage*, WienNewYork: Springer 2007.

Harford 2008

T. Harford, *Waarom we doen wat we doen. De logica van ons gedrag*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact 2008.

Hartlief 2012

T. Hartlief, 'De civilist en de civilologie', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Civilologie Serie, Vol. 3, Den Haag: BJU 2012, p. 33-52.

Klein Haarhuis & E. Niemeijer 2008

C.M. Klein Haarhuis & E. Niemeijer, *Wet en werkelijkheid*, Den Haag: WODC 2008.

Korobkin & Ulen 2000

R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1051-1144.

Levitt & Dubner 2010

S.D. Levitt & S.J. Dubner, *Superfreakonomics*, Amsterdam: De Bezige Bij 2010.

Mitchell 2012

G. Mitchell, 'Revisiting Truth or Triviality: The External Validity of Research in the Psychological Laboratory', *Perspectives on Psychological Science* 2012, 7, p. 109-117.

Schuyt 1979

C.J.M. Schuyt, 'Paradigmatische veranderingen in de rechtswetenschap: de jurist en de sociale werkelijkheid', *AA* 1979, p. 880.

Smits 2009

J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Sunstein & Vermeule 2005

C.R. Sunstein & A. Vermeule, 'Is capital punishment morally required? Acts omissions, and life-life tradeoffs', *Stanford Law Review* 58(3), p. 703-750.

Sunstein 2013

C.R. Sunstein, *Simpler – The Future of Government*, New York: Simon & Schuster 2013.

Thaler & Sunstein 2008

R. Thaler & C. Sunstein, *Nudge. Naar betere beslissingen over gezondheid, geluk en welvaart*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact 2008.

Tuchman 1984

B.W. Tuchman, *The March of Folly. From Troy to Vietnam*, London: Michael Joseph 1984.

Veerman & Klein Haarhuis 2009

G.J. Veerman & C.M. Klein Haarhuis, 'Negen aanwijzingen voor wetsevaluatief onderzoek', *RegelMaat* 2009 (24) 4, p. 225.

Veerman 2012

G.J. Veerman, 'Evidence en privaatrechtelijke wetgeving', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Civilologie Serie, Vol. 3, Den Haag: BJu 2012, p. 53-70.

Veerman c.s. 2012

G.J. Veerman, m.m.v. D. de Kok & B.J. Clement, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Verheij 2013

A.J. Verheij, *Immuniteiten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?*, Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 2013, Deventer: Kluwer 2013.

Vromen 2012

J. Vromen, 'Economics made fun', *Academische Boekengids* 96 (2012).

Williams 2002

B.A.O. Williams, *Truth and Truthfulness: and Essay in Genealogy*, Princeton: Princeton University Press 2002.

Zimbardo 2010

P. Zimbardo, *Het Lucifer Effect. Hoe gewone mensen zich laten verleiden tot het kwaad*, Rotterdam: Lemniscaat 2010.

OVER DE AUTEURS

Jan Adriaanse is verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Hij doet onderzoek binnen het thema ‘Turnarounds and Insolvency Law: a business research perspective’.

jan.adriaanse@turnaroundpowerhouse.com.

Masha Antokolskaia is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Amsterdams Center voor Familierecht (ACFL).

m.v.antokolskaia@vu.nl.

Bastiaan Assink is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam, advocaat te Amsterdam en raadsheer-plv. in het Hof Arnhem-Leeuwarden.

assink@law.eur.nl.

Yannis Bacharias studeerde rechtsgeleerdheid en sociologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Maurits Barendrecht is hoogleraar privaatrecht, Tilburg University en Academisch Directeur Hiil Innovating Justice.

maurits.barendrecht@hiil.org.

Steven Bartels is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).

s.bartels@jur.ru.nl.

Willem van Boom is is hoogleraar privaatrecht, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam, en hoogleraar recht aan Durham University (Engeland). Zijn portfolio is te zien op www.professorvanboom.eu.

vanboom@law.eur.nl.

Henk van de Bunt is hoogleraar Criminologie, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

vandebunt@law.eur.nl.

Marnix Croes werkt als onderzoeker bij het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

m.t.croes@minvenj.nl.

Martien van Dam is werkzaam als Senior Interim Professional bij Yacht.

Martien.van.Dam@yacht.nl.

Gijs van Dijck is als universitair hoofddocent verbonden aan het departement Privaatrecht en de Research Group for Methodology of Law and Legal Research aan Tilburg Law School.

g.vandijck@tilburguniversity.edu. G.vanDijck@uvt.nl.

Bram Duivenvoorde is promovendus aan de Universiteit van Amsterdam.

b.b.duivenvoorde@uva.nl

Peter-Jan Engelen is universitair hoofddocent, School of Economics, Utrecht University.

P.J.Engelen@uu.nl.

Esther Engelhard is als universitair hoofddocent verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (UCALL) van de Universiteit Utrecht. raadsheer-plaatsvervanger in het Hof's-Hertogenbosch en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Utrecht.

e.engelhard@uu.nl.

Iris Engelhard is als hoogleraar werkzaam op het gebied van de Experimentele Psychopathologie bij de capgroep Klinische en Gezondheidspsychologie van de Universiteit Utrecht.

i.m.engelhard@uu.nl.

Liesbeth Enneking is als postdoc verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, en aan UCALL, het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*, een vakgebied overstijgend en multidimensionaal onderzoeksteam dat zich richt op de verschuivende grenzen van het (civiel- en publiekrechtelijke) aansprakelijkheidsrecht.

l.f.h.enneking@uu.nl.

Judith van Erp is universitair hoofddocent Criminologie, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

vanerp@law.eur.nl.

Roland Eshuis is als onderzoeker verbonden aan het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

r.eshuis@minvenj.nl.

Michael Faure is hoogleraar Internationaal en Vergelijkend Milieurecht, Maastricht University, en professor of Comparative Private Law and Economics, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

michael.faure@maastrichtuniversity.nl.

Raimond Giard is arts en jurist, en als hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

raimondgiard@gmail.com.

Ivo Giesen is hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en onderzoeksleider van het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (UCALL) en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch.

I.Giesen@uu.nl.

Jantina Hiemstra is onderzoeksmasterstudent aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Nina Holvast is als promovenda werkzaam bij de afdeling Algemene Rechtsleer van de Universiteit van Amsterdam en was ten tijde van het onderzoek werkzaam bij de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

N.L.Holvast@uva.nl.

Machteld de Hoon is als universitair hoofddocent verbonden aan de Tilburg Law School. Ook is ze als rechter-plaatsvervanger actief bij de Rechtbank Oost-Brabant. Ze is een van de auteurs van het rapport "Eerlijk, Scherp en Betrouwbaar", dat is geschreven in opdracht van het Ministerie van EL&I.

M.W.deHoon@uvt.nl.

Anne Keirse is hoogleraar privaatrecht bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (UCALL) en raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam.

a.l.m.keirse@uu.nl.

Carolien Klein Haarhuis is onderzoeker bij het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

c.m.kleinhaarhuis@gmail.com.

Katy de Kogel is als senior onderzoeker verbonden aan het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

c.h.de.kogel@minvenj.nl.

Maarten Kroeze is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

kroeze@law.eur.nl.

Frans Leeuw is directeur van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie en hoogleraar Recht, openbaar bestuur en sociaal-wetenschappelijk onderzoek aan de Universiteit van Maastricht.

f.leeuw@minvenj.nl.

Siewert Lindenbergh is hoogleraar privaatrecht, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

lindenbergh@law.eur.nl.

Tom Loonen is directeur bij Bank Insinger de Beaufort nv en als associate professor verbonden aan de Postgraduate Opleiding Investment Management van de Vrije Universiteit. Zijn aandachtgebied betreft 'compliance & klantbelang bij beleggingsondernemingen'. Voorts is hij gerechtelijke deskundige voor diverse rechtbanken en gerechtshoven.

tom.loonen@live.com.

Gary Low is Assistant Professor, Singapore Management University School of Law.

garylow@smu.edu.sg

Joasia Luzak is universitair docent, Centre for the Study of European Contract Law, Universiteit van Amsterdam.

J.A.Luzak@uva.nl.

Peter Mascini is universitair hoofddocent Sociologie, Faculteit der Sociale Wetenschappen, Erasmus Universiteit Rotterdam.

mascini@fsw.eur.nl.

Bert Niemeijer is coördinator strategie bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie en (bijzonder) hoogleraar rechtssociologie bij de Juridische Faculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam.

e.niemeijer@minvenj.nl.

Anne van Onna is masterstudente Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht.

A.vanOnna@uu.nl.

Sanne Pape is werkzaam bij Rassers Advocaten, Breda.

sbpape@gmail.com.

Thy Pham is PhD Candidate Ondernemingsrecht, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

pham@law.eur.nl.

Fred van Raaij is hoogleraar Economische Psychologie, Universiteit van Tilburg.

W.F.vanRaaij@uvt.nl.

Geert Raaijmakers is advocaat en partner bij NautaDutilh te Amsterdam en hoogleraar ondernemings- en effectenrecht aan de Vrije Universiteit.

Geert.Raaijmakers@nautadutilh.com.

Jean-Pierre van der Rest is verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Hij doet onderzoek binnen het thema ‘Turnarounds and Insolvency Law: a business research perspective’.

J.vd.Rest@hdh.nl.

Rianka Rijnhout is als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, en aan *UCALL*, het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*, een vakgebiedoverstijgend en multidimensionaal onderzoeksteam dat zich richt op de verschuivende grenzen van het (civiel- en publiekrechtelijke) aansprakelijkheidsrecht.

R.Rijnhout@uu.nl.

Wendy Schrama is als bijzonder hoogleraar personen-, familie- en jeugdrecht verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen en als universitair hoofddocent aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

w.m.schrama@rug.nl.

Monika Smit is als afdelingshoofd RWI verbonden aan het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

m.smit@minvenj.nl.

Hanneke Spath is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).

h.spath@jur.ru.nl.

Gerard Stigter is verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Hij doet onderzoek binnen het thema 'Turnarounds and Insolvency Law: a business research perspective'.

gerard.stigter@achmea.nl.

Mirjam Tuls is advocaat bij Bannenberg en Van Breukelen Advocaten te Rotterdam.

mirjamtuls@hotmail.com.

Femke ten Velden is universitair docent psychologie aan de Universiteit van Amsterdam.

F.S.tenVelden@uva.nl.

Albert Verheij is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

a.j.verheij@rug.nl.

Louis Visscher is universitair hoofddocent Rechtseconomie, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE), Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

visscher@law.eur.nl.

Tim de Wilde is onderzoeksmedewerker bij de afdeling Psychologie, Universiteit van Amsterdam.

T.R.W.deWilde@uva.nl.